سلسلة نصوص تراثية للباحثين

( ١٦٢٥)

# واختلف أصحابنا

## حكاية النووي لاختلاف الشافعية

## في مصنفاته

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٦هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

WWW.NSOOOS.COM

١ -"قلت اختلف أصحابنا وغيرهم من العلماء في معنى لا هجرة بعد الفتح فقيل معناه لا هجرة من مكة إذ صارت دار إسلام. وقيل لا هجرة بعد الفتح كاملة الفضل. وأما الهجرة من دار الكفار اليوم فواجبة وجوبا متأكدا على من قدر عليها إذا لم يقدر على إظهار دين الاسلام هناك فإن قدر استحب ولا يجب والله تعالى اعلم وروينا عن السيد الجليل أبي ميسرة عمر بن شرحبيل التابعي الكوفي الهمذاني باسكان الميم وبالدال المهملة رضي الله تعالى عنه أنه كان إذا أخذ عطاءه تصدق منه فإذا جاء إلى أهله فعده وجدوه سواء فقال لابن أخيه ألا تفعلون مثل هذا فقالوا لو علمنا أنه لا ينقص لفعلنا قال أبو ميسرة إني لست أشرط هذا على ربي عز وجل . وقال أمامنا أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي رحمه الله خير الدنيا والآخرة في خمس خصال غنى النفس وكف الأذى وكسب الحلال ولباس التقوى والثقة بالله عز وجل على كل حال وروينا عن السيد الجليل حماد بن سلمة رحمه الله وكان يعد من الابدال قال من طلب الحديث لغير الله تعالى مكر به وقال أحمد بن أبي الحواري السيد الجليل في كتاب الزهد الذي صنفه وسترى ما أنقل من النفائس إن شاء الله تعالى ولم يحصل إلى الآن إسناده ولكن عندي منه نسخة جيدة محققة متقنة ذكر لي بعض أهل العلم والخبرة أنها بخط الدارقطني رحمه الله. قال أحمد حدثنا إسحاق بن خلف قال حدثنا حفص بن غياث قال كان عبد الرحمن بن الأسود رضي الله تعالى عنه لا يأكل الخبز إلا بنية قلت لاسحاق وأي شيء النية في أكل الخبز قال كان يأكل فإذا ثقل عن الصلاة خفف ليخف بها فإذا خفف ضعف فأكل ليقوى فكان أكله لها وتركه لها قلت معنى يخف أي ينشط وتسهل عليه ويلتذ بها. وأحمد بن الحواري يقال بفتح الراء وبكسرها والكسر أشهر والفتح سمعته مرات من شيخنا الحافظ أبي البقاء يحكيه عن أهل الإتقان وعن بعضهم والله تعالى أعلم. وقال أحمد بن أبي الحواري سمعت أبا سليمان يعني الداراني رحمه الله يقول عاملوا الله بقلوبكم معناه طهروا قلوبكم وصفوها وهذبوها ولا تخلوا شيئا من الأعمال الظاهرة. والداراني يقال بالقنون بعد الألف الثانية ويقال بهمزة بدل النون وهو ابلنون أشهر وأكثر استعمالا والهمز أقرب إلى الأصل وهو منسوب إلى دارنا القرية الكبيرة النفيسة بجانب دمشق وكان أبو سليمان من كبار العارفين وأصحاب الكرامات الظاهرة والأحوال الباهرة والحكم المتظاهرة واسمه عبد الرحمن بن أحمد بن عطية وسيمر بك إن شاء الله تعالى جمل ما أنقله عنه من النفائس وهو أحد متأخري بلادنا دمشق وما حولها رضي الله تعالى عنه قال ما أدرك ما عندك من أدرك بكثرة صلاة ولا صوم ولكن بسخاء النفس وسلامة الصدر والنصح للأمة وقال أمامنا الشافعي رضي الله تعالى عنه من أراد أن يقضي الله تعالى له بالخير فليحسن الظن بالناس. أخبرنا شيخنا الإمام الحافظ أبو البقاء

بقراءتي عليه قال أخبرنا الحافظ عبد الغني إجازة أخبرنا أبو طاهر السلفي أخبرنا أبو محمد عبد الرحمن بن أحمد الدوني قال سمعت أبا الحسن علي بن محمد الأسد أبادي أخبرنا علي بن الحسين بن علي أخبرنا أبو منصور يحيي بن أحمد المروزي قال سمعت أبا العباس أحمد بن منصور قال سمعت أبا طاهر محمد بن الحسين بن ميمون يقول سمعت أبا موسى هارون بن موسى يقول قال أبو حاتم محمد بن إدريس سمعت أبا قبيصة يقول رأيت سفيان الثوري في المنام فقال ما فعل الله تعالى بك فقال:

نظرت إلى ربي كفاحا فقال لي ... هنيئا رضائي عنك يا ابن سعيد

لقد كنت قواما إذا أظلم الدجا ... بعبرة مشتاق وقلب عميد

فدونك فاختر أي قصر أردته ... وزرني فإني منك غير بعيد". (١)

٢-

"[٢/ ٨١] وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "إذا نودي للصلاة أدبر الشيطان وله ضراط حتى لا يسمع التأذين" رواه البخاري ومسلم.

[٣/ ٨٢] وعن معاوية رضي الله عنه قال:

سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "المؤذنون أطول الناس أعناقا يوم القيامة" رواه مسلم.

[٤/ ٨٣] وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال:

سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " لا يسمع مدى صوت المؤذن جن ولا شيء إلا شهد له يوم القيامة" رواه البخاري، والأحاديث في فضله كثيرة.

**واختلف أصحابنا** في الأذان والإقامة أيهما أفضل على أربعة أوجه: الأصح أن الأذان أفضل، والثاني: الإمامة أفضل، والثالث: هما سواء، والرابع: إن علم من نفسه القيام بحقوق الإمامة واستجمع (١) خصالها فهي أفضل، وإلا فالأذان أفضل.

---

(١) بستان العارفين ص/٩

٢٥ . باب صفة الأذان

اعلم أن ألفاظه مشهورة، والترجيع عندنا سنة، وهو أنه إذا قال بعالي (٢) صوته: الله أكبر، الله أكبر، الله أكبر، الله أكبر، قال سرا بحيث يسمع نفسه ومن بقربه: أشهد أن لا إله إلا الله،

---

[٨١] البخاري (٦٠٨)، ومسلم (٣٨٩)، والموطأ ١/ ٦٩ـ٧٠، وأبو داود (٥١٦)، والنسائي ٢/ ٢١ـ٢٢).

[٨٢] مسلم (٣٨٧).

[٨٣] البخاري (٦٠٩)، قال ابن علان: ورواه مالك، والنسائي، وابن ماجه، وابن خزيمة.

(١) في هامش "أ": "وفي نسخة: واجتمع فيه خصالها .. "

(٢) في هامش"أ": "وفي نسخة: بأعلى صوته .. "." (١)

-٣

"الركعة الأولى عامدا أو ساهيا لم يفعله بعدها لفوات محله، ولو فعله كان مكروها ولا تبطل صلاته، ولو تركه عقيب التكبيرة حتى شرع في القراءة أو التعوذ فقد فات محله فلا يأتي به، فلو أتى به لم تبطل صلاته، ولو كان مسبوقا أدرك الإمام في إحدى الركعات أتى به إلا أن يخاف من اشتغاله به فوات الفاتحة، فيشتغل بالفاتحة فإنها آكد لأنها واجبة، وهذا سنة. ولو أدرك المسبوق الإمام في غير القيام إما في الركوع وإما في السجود وإما في التشهد أحرم معه وأتى بالذكر الذي يأتي به الإمام، ولا يأتي بدعاء الاستفتاح في الحال ولا فيما بعد.

**واختلف أصحابنا** (١) في استحباب دعاء الاستفتاح في صلاة الجنازة، والأصح أنه لا يستحب لأنها مبنية على التخفيف. واعلم أن دعاء الاستفتاح سنة ليس بواجب، ولو تركه لم يسجد للسهو، والسنة فيه الإسرار، فلو جهر به كان مكروها ولا تبطل صلاته.

٣٦ . باب التعوذ بعد دعاء الاستفتاح

اعلم أن التعوذ بعد دعاء الاستفتاح سنة بالاتفاق، وهو مقدمة للقراءة، قال الله تعالى: {فإذا قرأت القرآن

---

(١) الأذكار للنووي ت مستو ص/٨٩

فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم} [النحل:٩٨] معناه عند جماهير العلماء (٢): إذا أردت القراءة فاستعذ بالله. واعلم أن اللفظ المختار في التعوذ: أعوذ بالله من الشيطان الرجيم، وجاء: أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم، ولا بأس به، ولكن المشهور المختار هو الأول.

---

(١) في "د": "الأصحاب"

(٢) في هامش"أ": "وأئمة المسلمين"." (١)

٤ -

"**واختلف أصحابنا** في نوافل الليل فقيل لا يجهر، وقيل يجهر. والثالث وهو الأصح. وبه قطع القاضي حسين والبغوي. يقرأ بين الجهر والإسرار، ولو فاتته صلاة بالليل فقضاها في النهار، أو بالنهار فقضاها بالليل فهل يعتبر في الجهر والإسرار وقت الفوات أم وقت القضاء؟ فيه وجهان: أظهرهما يعتبر وقت القضاء. وقيل: يسر مطلقا. واعلم أن الجهر في مواضعه والإسرار في مواضعه سنة ليس بواجب، فلو جهر موضع الإسرار، أو أسر موضع الجهر فصلاته صحيحة، ولكنه ارتكب المكروه كراهة تنزيه ولا يسجد للسهو؛ وقد قدمنا أن الإسرار في القراءة والأذكار المشروعة في الصلاة لابد فيه من أن يسمع نفسه، فإن لم يسمعها من غير عارض لم تصح قراءته ولا ذكره.

[فصل]: قال أصحابنا: يستحب للإمام في الصلاة الجهرية أن يسكت أربع سكتات: إحداهن عقيب تكبيرة الإحرام، ليأتي بدعاء الاستفتاح، والثانية بعد فراغه من الفاتحة سكتة لطيفة جدا بين آخر الفاتحة وبين آمين، ليعلم أن آمين ليست من الفاتحة، والثالثة بعد آمين سكتة طويلة بحيث يقرأ المأموم الفاتحة، والرابعة بعد الفراغ من السورة يفصل بها بين القراءة وتكبيرة الهوي إلى الركوع.

[فصل]: فإذا فرغ من الفاتحة استحب له أن يقول آمين، والأحاديث الصحيحة كثيرة مشهورة في كثرة فضله (١) وعظيم أجره، وهذا التأمين مستحب لكل قارىء، سواء كان في الصلاة أم خارجا منها؛ وفيه أربع

---

(١) منها ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما، عن أبي هريرة رضي الله عنه؛ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) الأذكار للنووي ت مستو ص/١٠٤

قال: "إذا أمن الإمام فأمنوا، فإن الملائكة تؤمن، فمن وافق تأمينه تأمي الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه"." (١)

٥ -

"واعلم أن القنوت لا يتعين فيه دعاء على المذهب المختار، فأي دعاء دعا به حصل القنوت ولو قنت بآية أو آيات من القرآن العزيز وهي مشتملة على الدعاء حصل القنوت، ولكن الأفضل ما جاءت به السنة. وقد ذهب جماعة من أصحابنا إلى أنه يتعين ولا يجزىء غيره.

واعلم أنه يستحب إذا كان المصلي إماما أن يقول: اللهم اهدنا بلفظ الجمع وكذلك الباقي، ولو قال اهدني حصل القنوت وكان مكروها، لأنه يكره للإمام تخصيص نفسه بالدعاء.

[٣/ ١٣٢] وروينا في سنن أبي داود والترمذي، عن ثوبان رضي الله عنه قال:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يؤمن عبد قوما فيخص نفسه بدعوة دونهم، فإن فعل فقد خانهم"

قال الترمذي: حديث حسن.

[فصل]: اختلف أصحابنا في رفع اليدين في دعاء القنوت ومسح الوجه بهما على ثلاثة أوجه: أصحها أنه يستحب رفعهما ولا يمسح الوجه. والثاني: يرفع ويمسحه. والثالث: لا يمسح ولا يرفع. واتفقوا على أنه لا يمسح غير الوجه من الصدر ونحوه، بل قالوا: ذلك مكروه.

وأما الجهر بالقنوت والإسرار به فقال أصحابنا: إن كان المصلي منفردا أسر به، وإن كان إماما جهر على المذهب الصحيح المختار الذي ذهب إليه الأكثرون. والثاني أنه يسر كسائر الدعوات في الصلاة. وأما المأموم فإن لم يجهر الإمام قنت سرا كسائر الدعوات، فإنه يوافق فيها الإمام سرا. وإن جهر الإمام بالقنوت فإن كان المأموم يسمعه أمن على دعائه وشاركه في الثناء في آخره، وإن كان لا يسمعه قنت سرا، وقيل

---

[١٣٢] أبو داود (٩٠)، والترمذي (٣٥٧)، ورواه أحمد في المسند ٥/ ٢٥٠ و ٢٦٠ و ٢٦١ من حديث أبي أمامة. وإسناده حسن.." (٢)

---

(١) الأذكار للنووي ت مستو ص/١١٠

(٢) الأذكار للنووي ت مستو ص/١٢٧

-٦

"بعدها ذكر أصلا، ولكن يستحب ما سأذكره إن شاء الله تعالى.

**واختلف أصحابنا** في استحباب التعوذ ودعاء الافتتاح عقيب التكبيرة الأولى قبل الفاتحة وفي قراءة السورة بعد الفاتحة على ثلاثة أوجه: أحدها يستحب الجميع، والثاني لا يستحب، والثالث وهو الأصح أنه يستحب التعوذ دون الافتتاح والسورة. واتفقوا على أنه يستحب التأمين عقيب الفاتحة.

[١/ ٤١٠] ورويناا في صحيح البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما؛

أنه صلى على جنازة فقرأ فاتحة الكتاب وقال: لتعلموا أنها سنة.

وقوله سنة في معنى قول الصحابي: من السة كذا، وكذا جاء في سنن أبي داود قال: إنها من السنة. فيكون مرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما تقرر وعرف في كتب الحديث والأصول.

قال أصحابنا: والسنة في قراءتها الإسرار دون الجهر، سواء صليت ليلا أو نهارا، هذا هو المذهب الصحيح المشهور الذي قاله جماهير أصحابنا. وقال جماعة منهم: إن كانت الصلاة في النهار أسر، وإن كانت في الليل جهر. وأما التكبيرة الثانية فأقل الواجب عقيبها أن يقول: اللهم صل على محمد، ويستحب أن يقول: وعلى آل محمد. ولا يجب ذلك عند جماهير أصحابنا. وقال بعض أصحابنا: يجب وهو شاذ ضعيف.

ويستحب أن يدعو فيها للمؤمنين والمؤمنات إن اتسع الوقت له، نص عليه الشافعي، واتفق عليه الأصحاب، ونقل المزني (١) عن الشافعي يستحب أيضا أن

---

[٤١٠] البخاري (١٣٣٥) وأبو داود (٣١٩٨)، والترمذي (١٠٢٦)، والنسائي ٤/ ٧٤ و ٧٥.

(١) "ونقل المزني" هو بضم الميم وفتح الزاي بعدها نون ثم تحتية مشددة. قال الحافظ العسقلاني في مؤلفه في فضل الشافعي: المزني أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيي بن عمرو بن =." (١)

-٧

---

(١) الأذكار للنووي ت مستو ص/٢٦٥

"والمستحب له الجواب. قال القاضي حسين وصاحبه المتولي: ولو سلم الصبي على بالغ، فهل يجب عليه الرد؟ فيه وجهان ينبنيان على صحة إسلامه، إن قلنا يصح إسلامه كان سلامه كسلام البالغ فيجب جوابه. وإن قلنا لا يصح إسلامه لم يجب رد السلام لكن يستحب. قلت: الصحيح منن الوجهين وجوب رد السلام لقول الله تعالى: {وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها} [النساء ٨٦] وأما قولهما إنه مبني على إسلامه، فقال الشاشي: هذا بناء فاسد، وهو كما قال والله أعلم. ولو سلم بالغ على جماعة فيهم صبي فرد الصبي ولم يرد منهم غيره، فهل يسقط عنهم؟ فيه وجهان: أصحهما . وبه قال القاضي حسين وصاحبه المتولي . لا يسقط لأنه ليس أهلا للفرض، والرد فرض فلم يسقط به كما لا يسقط به الفرض في الصلاة على الجنازة. والثاني هو قول أبي بكر الشاشي، صاحب المستظهري، من أصحابنا أنه يسقط، كما يصح أذانه للرجال ويسقط عنه طلب الأذان. قلت: وأما الصلاة على الجنازة فقد **اختلف أصحابنا** في سقوط فرضها بصلاة الصبي على وجهين مشهورين: الصحيح منهما عند الأصحاب أنه يسقط، ونص عليه الشافعي، والله أعلم.

[فصل]: إذا سلم عليه إنسان ثم لقيه على قرب يسن له أن يسلم عليه ثانيا وثالثا وأكثر، اتفق عليه صحابنا، ويدل عليه:

[٥/ ٦١٧] ما رويناه في صحيحي البخاري ومسلم،

عن أبي هريرة رضي الله عنه في حديث المسيء صلاته؛ إنه جاء فصلى، ثم جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فسلم عليه، فرد عليه السلام، وقال: "ارجع فصل فإنك لم تصل" فرجع فصلى، ثم جاء فسلم على النبي صلى الله عليه وسلم، حتى فعل ذلك ثلاث مرات.

---

[٦١٧] البخاري (٧٩٣)، ومسلم (٣٩)، وأبو داود (٨٥٦)، والترمذي (٣٠٣)، والنسائي ٢/ ١٢٥.." (١)

-٨

---

(١) الأذكار للنووي ت مستو ص/٣٩٧

"رضي الله عنها قالت:
أتيت النبي صلى الله عليه وسلم يوم الفتح وهو يغتسل، وفاطمة تستره، فسلمت. وذكرت الحديث.

[فصل]: وأما أهل الذمة **فاختلف أصحابنا** فيهم، فقطع الأكثرون بأننه لا يجوز ابتداؤهم بالسلام. وقال آخرون: ليس هو بحرام، بل هو مكروه، فإن سلموا هم على مسلم قال في الرد: وعليكم، ولا يزيد على هذا. وحكى أقضى القضاة الماوردي وجها لبعض أصحابنا، أنه يجوز ابتداؤهم بالسلام، لكن يقتصر المسلم على قوله: السلام عليك، ولا يذكره بلفظ الجمع.

وحكى الماوردي وجها أنه يقول في الرد عليهم إذا ابتدؤوا: وعليكم السلام، ولكن لا يقول ورحمة الله، وهذان الوجهان شاذان ومردودان.

[٥/ ٦٢٧] روينا في صحيح مسلم، عن أبي هريرة رضي الله عنه
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لاتبدؤوا اليهود ولا النصارى بالسلام، فإذا لقيتم أحدهم في طريق فاضطروه إلى أضيقه".

[٦/ ٦٢٨] وروينا في صحيح البخاري ومسلم، عن أنس رضي الله عنه قال:
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إذا سلم عليكم أهل الكتاب فقولوا: وعليكم".

[٧/ ٦٢٩] وروينا في صحيح البخاري، عن ابن عمر رضي الله عنهما؛
أن رسول صلى الله عليه وسلم قال: "إذا سلم عليكم اليهود فإنما يقول أحدهم:

---

[٦٢٧] مسلم (٢١٦٧)، وأبو داود (٥٢٠٥)، والترمذي (٢٧٠١).

[٦٢٨] البخاري (٦٢٥٨)، ومسلم (٢١٦٣)، وأبو داود (٥٢٠٧) والترمذي (٣٢٩٦).

[٦٢٩] البخاري (٦٠٢٤)، وهو عند مسلم (٢١٦٤)، والموطأ ٢/ ٩٦٠، وأبو داود (٥٢٠٦)، والترمذي (١٦٠٣). ومعنى "السام": الموت.." (١)

---

(١) الأذكار للنووي ت مستو ص/٤٠٤

٩-التبيان في آداب حملة القرآن

"وان كان لا يسمع القراءة فالصحيح وجوب الفاتحة واستحباب السورة وقيل تجب ولا تستحب السورة والله أعلم وتجب قراءة الفاتحة في الركعة الاولى من صلاة الجنازة وأما قراءة الفاتحة في صلاة النافلة فلا بد منها * **واختلف أصحابنا** في تسميتها فيها فقال القفال تسمى واجبة * وقال صاحبه القاضي حسين تسمى شرطا * وقال غيرهما تسمى ركنا وهو الاظهر والله أعلم والعاجز عن الفاتحة في هذا كله يأتي ببدلها فيقرأ بقدرها من غيرها من القرآن فان لم يحسن أتى بقدرها من الأذكار كالتسبيح والتهليل ونحوهما فان لم يحسن شيئا وقف بقدر القراءة والله أعلم

[فصل] لا بأس بالجمع بين سورتين في ركعة واحدة

فقد ثبت في الصحيحين من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال لقد عرفت النظائر التي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم: يقرن بينهن فذكر عشرين سورة من المفصل كل سورتين في ركعة وقد قدمنا عن جماعة من السلف قراءة الختمة في ركعة واحدة

حكم الجهر (٢)

[فصل] أجمع المسلمون على استحباب الجهر بالقراءة في الصبح والجمعة والعيدين والاولتين من المغرب والعشاء وفي صلاة التراويح والوتر عقيبها." (١)

١٠-التبيان في آداب حملة القرآن

"وهذا مستحب للإمام والمنفرد بما ينفرد به منها وأما المأموم فلا يجهر بالاجماع ويسن الجهر في صلاة كسوف القمر ولا يجهر في كسوف الشمس ويجهر في الاستقاء ولا يجهر في الجنازة إذا صليت بالنهار وكذا في الليل على المذهب الصحيح المختار ولا يجهر في نوافل النهار غير ما ذكرناه من العيد والاستقاء **واختلف أصحابنا** في نوافل الليل." (٢)

-١١

(١) التبيان في آداب حملة القرآن ص/١٢٩

(٢) التبيان في آداب حملة القرآن ص/١٣٠

"فسقط من رواته واحد فأكثر وخالفنا في حده أكثر المحدثين فقالوا هو رواية التابعي عن النبي صلى الله عليه وسلم: قال الشافعي رحمه الله وأحتج بمرسل كبار التابعين إذا أسند من جهة أخرى أو أرسله من أخذ عن غير رجال الأول ممن يقبل عنه العلم أو وافق قول بعض الصحابة أو أفتى أكثر العلماء بمقتضاه قال ولا أقبل مرسل غير كبار التابعين ولا مرسلهم إلا بالشرط الذي وصفته هذا نص الشافعي في الرسالة وغيرها وكذا نقله عنه الأئمة المحققون من أصحابنا الفقهاء والمحدثين كالبيهقي والخطيب البغدادي وآخرين: ولا فرق في هذا عنده بين مرسل سعيد بن المسيب وغيره هذا هو الصحيح الذي ذهب إليه المحققون: وقد قال الشافعي في مختصر المزني في آخر باب الربا أخبرنا مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد بن

المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان وعن ابن عباس أن جزورا نحرت على عهد ابن بكر الصديق رضي الله عنه فجاء رجل بعناق فقال أعطوني بهذه العناق فقال أبو بكر رضي الله عنه لا يصلح هذا: قال الشافعي وكان القاسم بن محمد وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وأبو بكر بن عبد الرحمن يحرمون بيع اللحم بالحيوان قال الشافعي وبهذا نأخذ: قال ولا نعلم أحدا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم خالف أبا بكر الصديق رضي الله عنه: قال الشافعي وإرسال ابن المسيب عندنا حسن هذا نص الشافعي في المختصر نقلته بحروفه لما يترتب عليه من الفوائد: فإذا عرف هذا فقد **اختلف أصحابنا** المتقدمون في معنى قول الشافعي إرسال ابن المسيب عندنا حسن على وجهين حكاهما المصنف الشيخ أبو إسحاق في كتابه اللمع وحكاهما أيضا الخطيب البغدادي في كتابيه كتاب الفقيه والمتفقه والكفاية وحكاهما جماعات آخرون: أحدهما معناه أنها الحجة عنده بخلاف غيرها من المراسيل: قالوا لا نها فتشت فوجدت مسندة: والوجه الثاني أنها ليست بحجة عنده بل هي كغيرها على ما ذكرناه: وقالوا وإنما رجح الشافعي بمرسله والترجيح بالمرسل جائزه

* قال الخطيب البغدادي في كتاب الفقيه والمتفقه والصواب الوجه الثاني: وأما الاول فليس بشئ وكذا قال في الكفاية الوجه الثاني هو الصحيح عندنا من الوجهين لأن في مراسيل سعيد ما لم يوجد مسندا بحال من وجه يصح: قال وقد جعل الشافعي لمراسيل كبار التابعين مزية على غيرهم كما استحسن مرسل سعيد هذا كلام الخطيب: وذكر الإمام الحافظ أبو بكر البيهقي نص الشافعي كما قدمته ثم قال فالشافعي يقبل مراسيل كبار التابعين إذا انضم إليها ما يؤكد ها فإن لم ينضم لم يقبلها سواء كان مرسل ابن المسيب أو غيره: قال وقد ذكرنا مراسيل لا بن المسيب لم يقبلها الشافعي حين لم ينضم إليها ما يؤكدها: ومراسيل لغيره

(١) في هامش نسخة الاذرعي ما نصه: قال الماوردي في باب بيع اللحم بالحيوان: والذي يصير به المرسل حجة احد سبعة اشياء اما قياس أو قول صحابي: واما فعل صحابي: واما ان يكون قول الاكثرين: واما ان ينتشر بين الناس من غير دافع له: واما ان يعمل به اهل العصر: واما ان لا توجد دلالة سواه هذا لفظه: وقال قبله اخذ الشافعي في القديم بمراسيل ابن المسيب وجعلها على افرادها حجة لامور: منها انه لم يرسل حديثا قط الا وجد مسندا: ومنها انه كان قليل الرواية لا يروي أخبار الآحاد ولا يحدث إلا بما سمعه من جماعة أو عضده قول الصحابة ورآه منتشرا عند الكافة أو وافقه فعل أهل العصر: ومنها ان رجال سعيد الذين اخذ منهم وروي عنهم هم اكابر الصحابة وليس كغيره ياخذ عمن وجد: ومنها ان مسانيده فتشت فكانت عن ابي هريرة: فكان يرسلها لما بينهما من الانس والوصلة فان كان صهر ابي هريرة على ابنته فصار ارساله كاسناده عن أبي هريرة: ومذهب الشافعي في الجديد ان مرسل سعيد وغيره ليس بحجة وانما قال مرسل سعيد عندنا حسن لهذه الامور التي وصفنا استئناسا بارساله ثم اعتمادا على ما قارنه من الدليل فيصير حجة وذكر ما كتبته في صدر الحاشية: وفي كلامه فوائد فتأمله:." (١)

-١٢

"الصحيحة من الضعيفة والدلائل الراجحة من المرجوحة ويقوى للجمع بين الأحاديث التي تظن متعارضات ولا يخفى عليه بعد ذلك إلا إفراد نادرات وبالله التوفيق (فرع)

قال الشافعي في أول مختصر المزني وما عدا الماء من ماء ورد أو شجر أو عرق لا تجوز الطهارة به: **واختلف أصحابنا** في ضبط قوله عرق فقيل هو بفتح العين والراء وهو عرق الحيوان: وقيل بفتح العين وإسكان الراء وهو المعتصر من كرش البعير وقد نص على هذا في الأم: وقيل بكسر العين وإسكان الراء وهو عرق الشجر أي المعتصر منه والأول أصح والثالث ضعيف لأنه عطفه على الشجر والثاني فيه بعد لأنه نجس لا يخفى امتناع الطهارة به فلا يحتاج إلى بيان (فرع)

إذا أغلى مائعا فارتفع من غليانه بخار تولد منه رشح فليس بطهور بلا خلاف كالعرق: ولو أغلي ماء مطلقا فتولد منه الرشح قال صاحب البحر قال بعض أصحابنا بخراسان لفظ الشافعي يقتضي أنه لا تجوز الطهارة به لأنه عرق قال الروياني وهذا غير صحيح عندي لأن رشح الماء ماء حقيقة وينقص منه بقدره فهو ماء مطلق

---

(١) المجموع شرح المهذب ٦١/١

فيتطهر به (١) (قلت) الا صح جواز الطهارة به والله أعلم قال المصنف رحمه الله (فإن كمل الماء المطلق بمائع بأن احتاج في طهارته إلى خمسة أرطال ومعه أربعة أرطال فكمله بمائع لم يتغير به كماء ورد انقطعت رائحته ففيه وجهان: قال أبو علي الطبري

لا يجوز الوضوء به لأنه كمل الوضوء بالماء والمائع فأشبه إذا غسل بعض أعضائه بالماء وبعضها بالمائع: ومن أصحابنا من قال يجوز لأن المائع استهلك في الماء فصار كما لو طرح ذلك في ماء يكفيه) ثم قال المصنف في أول الباب الثاني (إذا اختلط بالماء شئ طاهر ولم يتغير به لقلته لم يمنع الطهارة به لأن الماء باق على إطلاقه وإن لم يتغير به لموافقته الماء في الطعم واللون والرائحة كماء ورد انقطعت رائحته ففيه وجهان أحدهما إن كانت الغلبة للماء جازت الطهارة به لبقاء اسم الماء المطلق وان كانت الغلبة للمخالط لم تجز لزوال إطلاق اسم الماء والثاني إن كان ذلك قدرا لو كان مخالفا للماء في صفاته لم يغيره لم يمنع وإن كان قدرا لو كان مخالفا له غيره منع لأن الماء لما لم يغير بنفسه اعتبر بما يغيره كما تقول في الجنابة التي ليس لها أرش مقدر لما لم يمكن اعتبارها بنفسها اعتبرت بالجناية على العبيد)

---

(١) حكي الرافعي في شرحه الصغير في مسألة الرشح عن عامة الاصحاب انهم منعوا الطهور به وقالوا يسمى رشحا أو بخارا ولا يسمى ماء مطلقا والمختار ما ذكره اه بهامش الاذرعي." (١)

-١٣

"أول الفصل فإنه صلى الله عليه وسلم قال هلا أخذتم اهابها فدبغتموه فانتفعم به قالوا إنها ميتة قال إنما حرم أكلها وفي رواية النسائي إنما حرم الله أكلها وهذان القولان في حل أكله مشهوران أصحهما عند الجمهور القديم وهو التحريم للحديث: وهذه المسألة مما يفتى فيه على القديم: وقد تقدم

بيان المسائل التي يفتى فيها على القديم في مقدمة الكتاب: وصححت طائفة الجديد وهو حل الأكل: منهم القفال في شرح التلخيص والفوراني والروياني والجرجاني في كتابه البلغة وقطع به في التحرير ويجاب لهؤلاء عن الحديث بأن المراد تحريم أكل اللحم فإنه المعهود: هذا حكم جلد المأكول: فأما جلد ما لا يؤكل فالمذهب الجزم بتحريمه وبه قطع جماعات منهم القاضي أبو الطيب والمحاملي والدارمي والبغوي وغيرهم والوجه الآخر ضعيف وحكى الفوراني عن شيخه القفال أنه قال لا فرق بين المأكول وغيره ففي الجميع القولان وهذا ضعيف

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩٨/١

وقول المصنف: فلأن لا يبيحه الدباغ أولى: هذه اللام في قوله فلان مفتوحة وهى لام الابتدء كقولك لزيد قائم أو اللام الموطئة للقسم وهي كثيرة التكرار في هذا الكتاب وغيره من كتب الفقه وغيرها: وإنما ضبطتها لأن كثيرا من المبتدئين يكسرونها وذلك خطأ وأما الشيخ أبو حاتم فاسمه محمود بن الحسن كان حافظا للمذهب له مصنفات في الأصول والمذهب والخلاف والجدل وهو القزويني بكسر الواو منسوب إلى قزوين بكسر الواو المدينة المعروفة بخراسان وأما ابن كج فبفتح الكاف وبعدها جيم مشددة اسمه يوسف بن أحمد بن كج له مصنفات كثيرة نفيسة فيها نقول غريبة ومسائل غريبة مهمة لا تكاد توجد لغيره: تفقه على أبي الحسين بن القطان وحضر مجلس الداركي قتله اللصوص ليلة السابع والعشرين من رمضان سنة خمسة وأربعمائة بالدينور قال المصنف في الطبقات جمع بن كج رئاسة العلم والدنيا ورحل إليه الناس من الآفاق رغبة في علمه وجوده والله أعلم قال المصنف رحمه الله

* (كل حيوان نجس بالموت نجس شعره وصوفه على المنصوص وروى عن الشافعي رحمه الله انه رجع عن تنجيس شعر الآدمى **واختلف أصحابنا** في ذلك على ثلاث طرق: فمنهم من لم يثبت." (١)

-١٤

"انه رجع عن تنجيس شعر الآدمى وحكي الربيع الجيزي عن الشافعي أن الشعر تابع للجلد يطهر بطهارته وينجس بنجاسته **واختلف أصحابنا** في هذه الحكايات الثلاث التي شذت عن الجمهور فجعلها بعضهم قولا ثانيا للشافعي أن الشعر طاهر وامتنع الجمهور من إثبات قول ثان لمخالفتها نصوصه ويحتمل أنه حكى مذهب غيره: وأما شعر الآدمي ففيه قولان أشهرهما عنه أنه نجس: والثاني وهو

منصوص في الجديد أنه طاهر هذا كلام صاحب الحاوي واتفق الأصحاب على أن المذهب أن شعر غير الآدمي وصوفه ووبره وريشه ينجس بالموت: وأما الآدمي فاختلفوا في الراجح فيه فالذي صححه أكثر العراقيين نجاسته والذي صححه جميع الخراسانيين أو جماهيرهم طهارته وهذا هو الصحيح فقد صح عن الشافعي رجوعه عن تنجيس شعر الآدمي فهو مذهبه وما سواه ليس بمذهب له: ثم الدليل يقتضيه وهو مذهب جمهور العلماء كما سنذكره إن شاء الله تعالى في فرع في مذاهب العلماء: ثم إن هذا الخلاف في شعر ميتة الآدمي مفرع علي نجاسة ميتة الآدمي أما إذا قلنا بطهارة ميتته فشعره طاهر بلا خلاف كذا صرح به البغوي والمتولي وغيرهما من الخراسانيين وابن الصباغ والشاشي والشيخ نصر المقدسي وصاحب البيان وغيرهم من العراقيين وإذا انفصل

---

(١) المجموع شرح المهذب ١/٢٣٠

شعر آدمي في حياته فطاهر على أصح الوجهين تكرمة للآدمي ولعموم البلوى وعسر الاحتراز وأما إذا انفصل جزء من جسده كيده وظفره فقطع العراقيون أو جمهورهم بنجاسته قالوا وإنما الخلاف في ميتته بجملته لحرمة الجملة وقال الخراسانيون فيه وجهان أصحهما الطهارة وهذا هو الصحيح: قال إمام الحرمين من قال العضو المبان في الحياة نجس فقد غلط والوجه اعتبار الجزء بالجملة بعد الموت وأما شعر رسول الله صلى الله عليه وسلم فإذا قلنا بطهارة غيره فهو: أولى وإلا فوجهان قال أبو جعفر هو طاهر وقال غيره هو نجس: وهذا الوجه غلط أو كالغلط وسأذكر في شعره صلى الله عليه وسلم وفضلات بدنه فرعا مخصوصا بها إن شاء الله تعالى وأما قول المصنف وكل موضع قلنا أنه نجس عفى عن الشعرة والشعرتين فظاهره تعميم العفو في شعر الآدمى وغيره وقد اتفق أصحابنا على العفو ولكن اختلفوا في تخصيصه بالآدمي فأطلقت." (١)

١٥-

"كثرت الضبطة أو قلت لحاجة أو لزينة وبهذا قطع المصنف وصاحب الحاوي والجرجاني في كتابيه والشيخ نصر في كتابه الكافي والعبد رى في الكفاية وغيرهم من العراقيين ونقله البغوي عن العراقيين والطريق الثاني وقاله الخراسانيون إنه كالمضبب بالفضة على الخلاف والتفصيل المذكور فيه ونقله الرافعي عن معظم الأصحاب لأنه لما استويا في الإناء فكذا في الضبة والمختار الطريق الأول للحديث فإنه يقتضي تحريم الذهب مطلقا وأما ضبة الفضة فإنما أبيحت لحديث قبيعة السيف وضبة القدح وغير ذلك ولأن باب الفضة أوسع فإنه يباح منه الخاتم وغيره والله أعلم.

وأما قول المصنف إن اضطر إلى الذهب جاز استعماله فمتفق عليه قال أصحابنا فيباح له الأنف والسن من الذهب ومن الفضة وكذا شد السن العليلة بذهب وفضة جائز ويباح أيضا الأنملة منهما وفي جواز الأصبع واليد منهما وجهان حكاهما المتولي أحدهما يجوز كالأنملة وبه قطع القاضي حسين في تعليقه وأشهرهما لا يجوز وبه قطع الفوراني والروياني وصاحبا العدة والبيان لأن الأصبع واليد منهما لا تعمل عمل الأصلية بخلاف الأنملة والله أعلم

*

قال المصنف رحمه الله

* (وأما المضبب بالفضة فقد **اختلف أصحابنا** فيه فمنهم من قال إن كان قليلا للحاجة لم يكره لما روى أنس

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٣٢/١

رضي الله عنه أن قدح النبي صلى الله عليه وسلم انكسر فاتخذ مكان الشفة سلسلة من فضة وإن كان للزينة كره لأنه غير محتاج إليه ولا يحرم لما روى أنس قال كان نعل سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم من فضة وقبيعة سيفه فضة وما بين ذلك حلق الفضة وإن كان كثيرا للحاجة كره لكثرته ولم يحرم للحاجة وإن كان كثيرا للزينة حرم لقول ابن عمر لا يتوضأ ولا يشرب من قدح فيه حلقة من فضة أو ضبة من فضة وعن عائشة رضي الله عنها أنها نهت أن تضبب الأقداح بالفضة ومن أصحابنا من قال يحرم في موضع الشرب لأنه يقع الاستعمال به ولا يحرم فيما سواه لأنه لا يقع به الاستعمال ومنهم من قال يكره ولا يحرم لحديث أنس في سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم)

* (الشرح) قد جمعت هذه القطعة جملا من الأحاديث واللغات والأحكام يحصل بيانها." (١)

-١٦

"للضرورة إذ لو لم نقل به لتعذر الوطئ ونكاح الكتابية: والله أعلم * قال المصنف رحمه الله

* (يجب أن ينوى بقلبه لان النية هي القصد: تقول العرب نواك الله بحفظه أي قصدك الله بحفظه: فان تلفظ بلسانه وقصد بقلبه فهو آكد)

(الشرح) النية الواجبة في الوضوء هي النية بالقلب ولا يجب اللفظ باللسان معها: ولا يجزئ وحده وان جمعها فهو آكد وأفضل هكذا قاله الأصحاب واتفقوا عليه ولنا قول حكاه الخراسانيون أن نية الزكاة تجزئ باللفظ من غير قصد بالقلب وهو ضعيف ووجه مشهور ذكره المصنف وغيره أن نية الصلاة تجب بالقلب واللفظ معا وهو غلط وقد أشار الماوردي إلى جريانه في الوضوء وهو أشذ وأضعف والفرق بين الوضوء والزكاة على هذا القول الضعيف الذي ذكرناه أن الزكاة وإن كانت عبادة فهي شبيهة بأداء الديون بخلاف الوضوء والفرق بين الصلاة والوضوء في وجوب اللفظ في الصلاة على الوجه الضعيف دون الوضوء أن نية الوضوء أخف حكما ولهذا اختلف العلماء في وجوبها وأجمعوا على وجوب نية الصلاة **واختلف أصحابنا** في جواز تفريق نية الوضوء على الأعضاء والأصح جوازه واتفقوا على منع ذلك في الصلاة: وأما قول المصنف لأن النية هي القصد فصحيح كما سبق بيانه وقوله تقول العرب نواك الله بحفظه أي قصدك بحفظه هكذا عبارة شيخه القاضي أبي الطيب وابن الصباغ وكذا قاله قبلهم الأزهري كما قدمته عنه: وعبارة الأزهري وإن لم تكن بلفظ عبارة المصنف فهي بمعناها وأنكر الشيخ أبو عمر وبن الصلاح على المصنف هذه العبارة والنقل عن العرب قال لأن القصد

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٥٦/١

مخصوص بالحادث لا يضاف إلى الله تعالى وفي ثبوت ذلك عن العرب نظر لأن الذي في صحاح الجوهري يقول نواك الله أي صحبك في سفرك وحفظك: ثم ذكر كلام الأزهري ثم قال وكأن الذي في المهذب تحريف من ناقل.

هذا

---

= تعيين بعض الاحداث وتبقية ما عداه قال وهذا.

يوجب لا محالة اختلافا في أن الغالط من حدث إلى حدث هل يصح وضؤه اه كلام الامام وابن الرفعة بحروفه وقد ثبت في المسألة المحكي فيها الاجماع ثلاثة أوجه اصحها انه لا يصح اه." (١)

-١٧

"**واختلف أصحابنا** في كيفية الجمع والفصل فقال بعضهم على قوله في الام يغرف غرفة واحدة يتمضمض منها ثلاثا ويستنشق منها ثلاثا ويبدأ بالمضمضة وعلى رواية البويطى يغرف غرفة يتمضمض منها ثلاثا ثم يغرف غرفة يستنشق منه ثلاثا وقال بعضهم علي قوله في الام يغرف غرفة يتمضمض منها ويستنشق ثم يغرف غرفة يتمضمض منها ويستنشق ثم يغرف ثالثة يتمضمض منها ويستنشق فيجمع في كل غرفة بين المضمضة والاستنشاق وعلى رواية البويطي يأخذ ثلاث غرفات للمضمضة وثلاث غرفات للاستنشاق والاول أشبه بكلام الشافعي رحمه الله لانه قال يغرف غرفة لفيه وأنفه والثاني أصح لانه أمكن فان ترك المضمضة والاستنشاق جاز لقوله صلى الله على عليه وسلم للأعرابي توضأ كما أمرك الله وليس فيما أمر الله تعالى المضمضة والاستنشاق ولانه عضو باطن دونه حائل معتاد فلا يجب غسله كالعين)

* (الشرح) هذا الفصل فيه جمل وبيانها بمسائل أحداها في الاحاديث أما حديث عمرو ابن عبسة فصحيح رواه مسلم في صحيحه في أواخر كتاب الصلاة قبيل صلاة الخوف ولفظه في مسلم ما منكم رجل يقرب وضوءه فيتمضمض ويستنشق فينتثر إلا خرت خطايا وجهه وفيه وخياشيمه وأما حديث لقيط بن صبرة فصحيح رواه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم بأسانيد صحيحة من رواية لقيط وهذا المذكور في المهذب لفظ رواية الترمذي ذكره في كتاب الصيام وقال حديث حسن صحيح وهو بعض حديث طويل وآخر الحديث في المهذب عند قوله إلا أن يكون صائما وأما قوله ولا يستقصي في المبالغة إلى آخره فليس من الحديث بل

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣١٦/١

هو من كلام المصنف وهو بالواو لا بالفاء وقله يستقصي بالياء المثناة تحت في أوله لا بالتاء المثناة فوق وإنما ضبطته لأن القلعي وغيره غلطوا فيه فجعلوه بالفاء وجعلوه من الحديث هذا خطأ فاحش: وأما حديث علي رضي الله عنه

فصحيح رواه أبو داود وغيره بإسناد صحيح وأما حديث طلحة بن مصرف فرواه أبو داود في." (١)

١٨-

"واتفقوا عليه وفرقوا بينه وبين اللحية الكثيفة فإنه لا يجب غسل ما تحتها بأن هذا نادر فلا يسقط ما تحته كلحية المرأة قال البغوي ولو التصقت جلدة العضد بالساعد واستتر ما تحتها من الساعد فغسلها ثم زالت الجلدة لزمه غسل ما ظهر من تحتها لأن الاقتصار على ظاهرها كان للضرورة وقد زالت بخلاف ما لو غسل لحيته ثم حلفت لا يلزمه غسل ما كان تحتها لأن غسل باطنها كان ممكنا وإنما كان عليه غسل الظاهر وقد فعله والله أعلم * قال المصنف رحمه الله

* (وإن كان أقطع اليد ولم يبق من محل الفرض شئ فلا فرض عليه والمستحب أن يمس ما بقي من اليد ماء حتى لا يخلو العضو من الطهارة)

* (الشرح) قوله يمس هو بضم الياء وكسر الميم وقوله لا فرض عليه هذا متفق عليه وكذا اتفقوا على استحباب إمساسه الماء وروى محمد بن جرير في كتابه اختلاف الفقهاء نحوه عن ابن عباس ثم هذا الاستحباب ثابت من أي موضع قطعت فوق محل الفرض حتى لو قطعت من المنكب استحب أن يمس موضع القطع ماء بلا خلاف نص عليه الشافعي رحمه الله في الأم وذكره الشيخ أبو حامد والبندنيجي وآخرون: **واختلف أصحابنا** في تعليل أصل هذا الإمساس فقال جماعة حتى لا يخلوا العضو من طهارة كما ذكره المصنف وقال الغزالي والبغوي وآخرون يستحب ذلك إطالة للغرة أي التحجيل وقال

القاضي أبو الطيب نص الشافعي علي استحبابه فقال أبو إسحق المروزي لئلا يخلو العضو من طهارة وقال الاكثرون استحبه لانه موضع الحلية والتجليل

* وأما قول المصنف يمس ما بقي ماء فكذا عبارة الأكثرين والمراد بالإمساس غسل باقي اليد هكذا صرح به

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٥٢/١

الغزالي في الوجيز والروياني في البحر والرافعي وغيرهم فإن قيل إنما كان غسل ما فوق المرفق مستحبا تبعا للذراع وقد زال المتبوع فينبغي ألا يشرع التابع كمن فاته صلوات في زمن الجنون والحيض فإنه لا يقضي." (١)

١٩-

"الشعر المعتاد هكذا قاله أصحابنا وقوله والنزعتان منه هذا مذهبنا نص عليه الشافعي واتفق عليه الاصحا ب وبه قال جمهور العلماء وحكى الماوردي وغيره عن قوم من العلماء أنهم قالوا النزعتان من الوجه لذهاب الشعر عنهما واتصالهما بالوجه

* ودليلنا أنهما داخلتان في حد الرأس فكانتا منه وليس ذهاب الشعر مخرجا لهما عن حكم الرأس كما لو ذهب شعر ناصيته قال الماوردي والعرب مجمعة على أن النزعة من الرأس وذلك ظاهر في شعرهم نص الشافعي في الأم على استحباب غسل النزعتين مع الوجه ونقل النص عنه الشيخ أبو حامد والمحاملي وغيرهما قالوا وإنما استحب ذلك للخروج من خلاف من أوجب غسلهما مع الوجه والله أعلم

* وأما الصدغ فهو بالصاد ويقال بالسين لغتان الصاد أشهر وهو المحاذي لرأس الأذن نازلا إلى أول العذار هكذا ضبطه صاحب البحر وآخرون وقال الشيخ أبو حامد هو المحاذي رأس الأذن وموضع التحذيف قال وربما تركه بعض الناس عند الحلق قال وينبغي ألا يترك **واختلف أصحابنا** فيه فقطع المصنف والأكثرون بأن الصدغ من الرأس ممن قطع بذلك الشيخ أبو حامد والبندنيجي والمحاملي وسليم الرازي في الكفاية والقاضي حسين وابن الصباغ والشيخ نصر والبغوي وآخرون وحكى الماوردي فيه ثلاثة أوجه أحدها من الرأس والثاني من الوجه والثالث وهو قول أبي الفياض وجمهور البصريين أن ما استعلى على الأذنين منه فهو من الرأس وما انحدر عنهما فمن الوجه قال الروياني هذا الثالث هو الصحيح وقال صاحب المستظهري هذا الثالث ظاهر الفساد

* وأنكر الشيخ أبو عمرو على الجمهور كونهم قطعوا بأنه من الرأس وقال الذي رأيته منصوصا صريحا للشافعي في مختصر الربيع ومختصر البويطي أن الصدغ من الوجه ثم ذكر كلام الماوردي والروياني ثم قال والمذهب ما نقلته عن النص وكأن من خالفه لم يطلع عليه الا السر خسي صاحب الأمالي فاطلع عليه وتأوله وقال أراد بالصدغ العذار وهذا متروك عليه هذا كلام إلى عمرو وقد قال أبو العباس بن سريج في كتابه الأقسام وابن

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٩١/١

القاص في التلخيص والقفال في شرح التلخيص الصدغان من الوجه لكن ظاهر كلامهم أنهم أرادوا بالصدغ العذار فان ابن القاص وإذا لم يصل الماء بشرة وجهه أجزأه." (١)

-٢٠

"فان خالف بين الأعضاء فغسل بعضها مرة وبعضها مرتين وبعضها ثلاثا جاز لما روى عبد الله بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ فغسل وجهه ثلاثا ويديه مرتين

(الشرح) هذا الحكم مجمع عليه وحديث عبد الله بن زيد هذا رواه البخاري ومسلم من طرق هكذا وفيه زيادة حسنة وهي انه مسح رأسه مرة واحدة والزيادة لا ثقة هنا ليكون الحديث جامعا لطهارة بعض الأعضاء مرة وبعضها مرتين وبعضها ثلاثا كما ذكره المصنف وعبد الله بن زيد تقدم بيانه في مسح الرأس والله أعلم * قال المصنف رحمه الله

* فإن زاد على الثلاث كره لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ ثلاثا ثلاثا ثم قال هكذا الوضوء فمن زاد على هذا أو نقص فقد أساء وظلم (الشرح) أما حديث عمرو بن شعيب هذا فصحيح رواه أحمد بن حنبل وأبو داود والنسائي وغيرهم باسانيد صحيحه وليس في روايته أحد من هؤلاء قوله أو نقص إلا الرواية أبي داود فإنه ثابت فيها وليس في رواياتهم تصريح بمسح الرأس ثلاثا وقد قدمت في الفصول السابقة في مقدمة الكتاب أن جمهور المحدثين صححوا الاحتجاج برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وأن المصنف قطع في كتابه اللمع بأنه لا يحتج به لاحتمال الإرسال وبينت سبب الاختلاف فيه هناك واضحا وأن الصحيح جواز الاحتجاج به **واختلف أصحابنا** في معنى أساء وظلم فقيل أساء في النقص وظلم في الزيادة فإن الظلم مجاوزة الحد ووضع الشئ في غير موضعه وقيل عكسه لأن الظلم يستعمل بمعنى النقص كقوله تعالى (آتت أكلها ولم تظلم منه شيئا) وقيل أساء وظلم في النقص وأساء وظلم أيضا في الزيادة واختاره الشيخ أبو عمرو بن الصلاح لأنه ظاهر الكلام ويدل عليه رواية الاكثرين فمن زاد فقد اساء وظلم ولم يذكروا النقص

* أما حكم المسألة فقال أصحابنا إذا زاد على الثلاث كره كراهة تنزيه ولا يحرم هكذا صرح به الأصحاب قال إمام الحرمين الغسلة الرابعة وإن كانت مكروهة فليست معصية قال ومعنى أساء ترك الأولى وتعدى حد السنة:

(١) المجموع شرح المهذب ٣٩٦/١

وظلم أي وضع الشئ في غير موضعه

* وقال الشيخ أبو حامد في التعليق قال الشافعي." (١)

-٢١

"(ويستحب لمن توضأ أن لا ينفض يده لقوله صلى الله عليه وسلم إذا توضأ ثم فلا تنفضوا أيديكم) (الشرح) هذا الحديث ضعيف لا يعرف وثبت في الصحيحين ضده عن ميمونة رضي الله عنها قالت ناولت النبي صلى الله عليه وسلم بعد اغتساله ثوبا فلم يأخذه وانطلق وهو ينفض يديه هذا لفظ رواية البخاري وفي رواية مسلم أتيته بالمنديل فلم يمسك وجعل يقول بالماء هكذا يعني ينفضه وفي رواية للبخاري فجعل ينفض الماء بيده **واختلف أصحابنا** في النفض على أوجه أحدها أن المستحب ترك النفض ولا يقال النفض مكروه (١) قاله أبو علي الطبري في الإفصاح والمصنف هنا وفي التنبيه والغزالي والجرجاني وآخرون (والثاني) أنه مكروه وبه قطع القاضي أبو الطيب والماوردي والرافعي وغيرهم (والثالث) مباح يستوي فعله وتركه وهذا هو الصحيح وقد أشار إليه صاحب

الشامل وغيره لحديث ميمونة ولم يذكر جماعات من أصحابنا نفض اليد وأظنهم رأوه مباحا فتركوه فمن لم يذكره الشيخ أبو حامد والمحاملي وإمام الحرمين والبغوي والشيخ نصر وغيرهم ودليل الإباحة حديث ميمونة ولم يثبت في النهى شئ والله أعلم * قال المصنف رحمه الله

* (ويستحب أن لا ينشف أعضاءه من بلل الوضوء لما روت ميمونة رضي الله عنها قالت أدنيت لرسول الله صلى الله عليه وسلم غلامي الجنابة فأتيته بالمنديل فرده ولأنه أثر عبادة فكان تركه أولى فإن تنشف جاز لما روى قيس بن سعد رضي الله عنهما قال أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) قال ابن كج في التجريد قال الشافعي استحب له إذا توضأ أن لا ينفض يديه اه وإذا كان هذا هو المنصوص والمذهب ولا يلزم من ترك ذكره ان يكون الراجح خلافه فقد قطع به ايضا خلائق من الاصحاب منهم المصنف في المنهاج والله اعلم بالصواب اه من هامش الاذرعي." (٢)

-٢٢

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٣٨/١

(٢) المجموع شرح المهذب ٤٥٨/١

"غسل رجليه في الخف فطهارته كاملة ولا يلزمه شي بلا خلاف بل يصلي بطهارته ما أراد وله أن يستأنف لبس الخفين بهذه الطهارة والله أعلم: وأما قول المصنف قال في الجديد يغسل قدميه وقال في القديم يستأنف فظاهره أنه ليس في الجديد الاستئناف وليس كذلك بل في الجديد قولان كما سبق وقوله **واختلف أصحابنا** في ذلك فقال أبو إسحق هي مبنية على تفريق الوضوء وقال سائر أصحابنا القولان أصل في نفسه هذا مما ينكر على المصنف لأن قوله سائر أصحابنا معناه بالقيهم غير أبي اسحق فهو تصريح بان أبا اسحق انفرد واتفق الباقون على خلافه وليس الأمر كذلك بل قد قال بمثل قول أبي اسحق ابن سريج وأبو علي بن أبي هريرة والبغداديون كما سبق بيانه ولا يعذر المصنف في مثل هذا لأنه مشهور موجود في تعليق الشيخ أبي حامد والماوردي وهو كثير النقل منها والله أعلم

* (فرع)

إذا ظهرت الرجل انقضت المدة وهو في صلاة بطلت صلاته بلا خلاف نص عليه الشافعي كما سبق في نصه في الأم واتفق عليه الأصحاب قالوا ولا يجئ فيه القول القديم في سبق الحدث أنه يتوضأ ويبني لأن هذا مقصر بمضايقة المدة وترك تعهد الخف بخلاف من سبقه الحدث ودليل بطلان صلاته ان طهارته بطلت في رجليه ووجب غسلها بلا خلاف وفي الباقي القولان

* (فرع)

إذا لم يبق من مدة المسح قدر يسع صلاة ركعتين فافتتح صلاة ركعتين فهل يصح الافتتاح ثم تبطل الصلاة عند انقضاء المدة أم لا تصح أصلا ففيه وجهان حكاهما الروياني في البحر قال وفائدتهما لو اقتدى به غيره ثم فارقه عند انقضاء المدة هل يصح اقتداؤه فيه الوجهان (١) (قلت) وفائدة أخرى وهو أنه لو أحرم بركعتين نافلة ثم أراد أن يقتصر على ركعة ويسلم إن قلنا انعقدت جاز وإلا فلا والأصح الانعقاد لأنه على طهارة في الحال فكيف يمتنع انعقاد صلاته والله أعلم

* (فرع)

في مذاهب العلماء فيمن خلع خفيه أو انقضت مدته وهو على طهارة المسح قد ذكرنا أن في مذهبنا قولين أصحهما يكفيه غسل القدمين والثاني يجب استئناف الوضوء وللعلماء

أربعة مذاهب أحدها يكفيه غسل القدمين وبه قال عطاء وعلقمة والأسود وحكي عن النخعي وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه والثوري وأبي ثور والمزني ورواية عن أحمد رضي الله عنهم

* والثاني يلزمه استئناف الوضوء وبه قال مكحول والنخعي والزهري وابن أبي ليلى والاوزاعي

---

(١) الخلاف في صحة الاقتداء هو في العالم بحاله اما الجاهل فيصح اقتداؤه كما لو اقتدى بمحدث وقد قيده بالعالم في الروضة ولعله تركه هنا لان قوله ثم فارقه يشعر بان كلامه في العالم اه اذرعي." (١)

-٢٣

"هذا تجزئه الاحجار بعده: ولو استنجي بشئ من أوراق المصحف والعياذ بالله عالما صار كافرا مرتدا نقله القاضي حسين والروياني وغيرهما والله أعلم

* (فرع)

لو استنجى بقطعة ذهب أو فضة (١) ففي سقوط الفرض به وجهان حكاهما الماوردي وآخرون قال الماوردي والرافعي الصحيح سقوطه ولو استنجى بقطعة ديباج سقط الفرض على المشهور وطرد الماوردي فيه الوجهين وطردهما أيضا في الاستنجاء بحجارة الحرم قال وظاهر المذهب سقوط الفرض بكل ذلك لأن لماء زمزم حرمة تمنع الاستنجاء به ثم لو استنجى به أجزأه بالإجماع (فرع)

قال الشافعي في البويطي ولا يستنجي بعظم ذكي ولا ميت للنهي عن العظم مطلقا وقال في الأم ولا يستنجي بعظم للخبر فإنه وإن كان غير نجس فليس هو بنظيف وإنما الطهارة بنظيف طاهر ولا أعلم شيئا في معنى عظم الاجلد ذكي غير مدبوع فإنه ليس بنظيف وإن كان طاهرا وأما الجلد المدبوغ فنظيف طاهر هذا نصه في الأم: وقال في مختصر المزني والفرق بين أن يستطيب بيمينه فيجزئه وبالعظم فلا يجزئ أن اليمين أداة والنهي عنها أدب والاستطابة طهارة والعظم ليس بطاهر هذا نصه في المختصر واعترض على قوله والعظم ليس بطاهر فإن العظم لا يصح الاستنجاء به طاهرا كان أو نجسا: **واختلف أصحابنا** في هذا الكلام على ثلاثة أوجه (أحدها) أن هذا غلط من المزني وإنما قال الشافعي والعظم ليس بنظيف كما سبق عن الأم وأراد بقوله ليس بنظيف أن عليه سهوكة: قال الماوردى وهذا قول أبي اسحق المروزي وبه قطع القاضي أبو الطيب (والثاني) أن نقل المزني صحيح: وقوله ليس بطاهر أي ليس بمطهر قال الماوردي وهذا تأويل أبي علي بن أبي هريرة (والثالث) أنه ذكر إحدى العلتين في العظم النجس لأن العظم النجس يمتنع الاستنجاء به لعلتين (إحداهما) كونه نجسا والأخرى كونه مطعوما والعظم الطاهر يمتنع لكونه مطعوما فقط قال الماوردي هذا تأويل أبي حامد الاسفرايني واختار

---

(١) المجموع شرح المهذب ٥٢٦/١

الأزهري الوجه الأول وهو تغليط المزني وبسط

---

(١) قال العجلي في شرح الوجيز ولايجوز الاستنجاء بالذهب والفضة والجواهر النفيسة وبالغير والعصفور لان الكل محترم هذا لفظه اه اذرعي." (١)

-٢٤

"فقال (إنما يجزئك من ذلك الوضوء) رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح: وعن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من المذي الوضوء) قال الترمذي حديث حسن صحيح: وأما الأمر بغسل الذكر في حديث المقداد فعلى الاستحباب أو أن المراد بعض الذكر وهو ما أصابه المذي: وأما حديث عبد الله بن سعد الأنصاري رضي الله عنه قال (سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما يوجب الغسل وعن الماء يكون بعد الماء فقال ذلك المذي وكل فحل يمذي فتغسل من ذلك فرجك وأنثييك وتوضأ وضوءك للصلاة) رواه أبو داود وغيره بإسناد صحيح فمحمول على ما إذا أصاب الذكر والأنثيين أو على الاستحباب لاحتمال إصابة ذلك والله أعلم * قال المصنف رحمه الله

* [فإذا خرج منه ما يشبه المني والمذي ولم يتميز له فقد **اختلف أصحابنا** فيه فمنهم من قال يجب عليه الوضوء منه لأن وجوب غسل الأعضاء مستيقن وما زاد على أعضاء الوضوء مشكوك في وجوبه فلا يجب بالشك ومنهم من قال هو مخير بين أن يجعله منيا فيجب منه الغسل وبين أن يجعله مذيا فيجب الوضوء وغسل الثوب منه لأنه يحتمل الأمرين احتمالا واحدا وقال الشيخ الإمام أحسن الله توفيقه وعندي أنه يجب أن يتوضأ مرتبا ويغسل سائر بدنه ويغسل الثوب منه (١) لأنا إن جعلناه منيا أو جبنا عليه غسل ما زاد على أعضاء الوضوء بالشك والأصل عدمه وإن جعلناه مذيا أوجبنا عليه غسل الثوب والترتيب في الوضوء بالشك والأصل عدمه وليس أحد الأصلين أولى من الآخر ولا سبيل إلى إسقاط حكمهما لأن الذمة قد اشتغلت بفرض الطهارة والصلاة: والتخيير لا يجوز لأنه إذا جعله مذيا لم يأمن أن يكون منيا فلم يغتسل له وإن جعله منيا لم يأمن أن يكون مذيا ولم يغسل الثوب منه ولم يرتب الوضوء منه وأحب أن يجمع بينهما ليسقط الفرض بيقين]

* [الشرح] إذا خرج منه ما يشبه المني والمذي واشتبه عليه ففيه أربعة أوجه: أحدها يجب الوضوء مرتبا ولا يجب غيره وقد ذكر المصنف دليله قال الرافعي وغيره فعلى هذا لو اغتسل كان كمحدث اغتسل: والثاني يجب

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٢٠/٢

غسل أعضاء الوضوء فقط ولا يجب ترتيبها بل يغسلها كيف شاء لأن المتحقق هو وجوبها والترتيب مشكوك فيه وهذا الوجه مشهور في طريقة الخراسانيين وصححه الشيخ أبو محمد الجويني في كتابه الفروق وهذا عجب منه بل هذا الوجه غلط صريح لاشك فيه

(١) قوله لانا الخ هذه العبارة إلى اخر المتن لم تذكر في نسخ الشرح وانما اشار لها الشارح بقوله (وذكر دليله) ونحن اثبتنا الدليل بنصه في عبارة المتن كما التزمنا أننا نذكر جميع عبارة المصنف اه مصححه." (١)

-٢٥

"ثم شين معجمة: واسم أبي حبيش قيس بن المطلب بن أسد بن عبد العزى

* أما حكم المسألة فأجمع العلماء على وجوب الغسل بسبب الحيض وبسبب النفاس وممن نقل الإجماع فيهما ابن المنذر وابن جرير الطبري وآخرون وذكر المصنف دليلهما ووجه الدلالة من الآية أنه يلزمها تمكين الزوج من الوطئ ولا يجوز ذلك الا بالغسل ومالا يتم الواجب إلا به فهو واجب: **واختلف أصحابنا** في وقت وجوبه فقال القاضي أبو الطيب والمحاملي وابن الصباغ وآخرون من العراقيين والروياني الصحيح أنه يجب بأول خروج الدم كما قالوا يجب الوضوء بأول قطرة من البول قالوا وفيه وجه أنه يجب بانقطاع الدم وليس بشئ وعكس الخراسانيون هذا فقالوا الأصح أنه يجب بانقطاعه لا بخروجه كذا صححه الفوراني وجماعات منهم: قال إمام الحرمين قال الأكثرون يجب بانقطاع الدم وقال أبو بكر الإسماعيلي يجب بخروجه وهو غلط لأن الغسل مع دوام الحيض غير ممكن ومالا يمكن لا يجب: قال الإمام والوجه أن يقال يجب بخروج جميع الدم وذلك يتحقق عند الانقطاع: وقطع الشيخ أبو حامد بوجوبه بالانقطاع والبغوي بالخروج وكل من أوجب بالخروج قاسوه على البول والمني وقد سبق فيهما ثلاثة أوجه عن المتولي وغيره في أن الوجوب بخروج البول والمني أم بالقيام إلى الصلاة أم بالمجموع: قال المتولي وتلك الأوجه جارية في الحيض قال إلا أن القائلين هناك يجب بالخروج اختلفوا فمنهم من قال يجب بخروج الدم ومنهم من قال بانقطاعه فحصل أربعة أوجه في وقت وجوب غسل الحيض والنفاس: أحدها بخروج الدم: والثاني بانقطاعه: والثالث بالقيام إلى الصلاة: والرابع بالخروج والانقطاع والقيام إلى الصلاة والأصح وجوبه بالانقطاع قال إمام الحرمين وغيره وليس في هذا الخلاف فائدة فقهية وقال صاحب العدة فائدته أن الحائض إذا أجنبت وقلنا لا يجب غسل الحيض إلا بانقطاع الدم وقلنا بالقول الضعيف أن

(١) المجموع شرح المهذب ١٤٥/٢

الحائض لا تمنع قراءة القرآن فلها أن تغتسل عن الجنابة لاستباحة قراءة القرآن وسيأتي هذا مع زيادة إيضاح في أول كتاب الحيض إن شاء الله تعالى: وذكر صاحب البحر في كتاب الجنائز له فائدة أخرى حسنة فقال لو استشهدت الحائض في قتال الكفار قبل انقطاع حيضها فإن قلنا يجب بالانقطاع لم تغسل." (١)

-٢٦

"مسألتنا ولهذا اتفقنا على أن السبع لو حال بينه وبين ساتر العورة صحت صلاته عاريا ولو تركها ناسيا أعاد وأما قياسهم على البئر فإن كانت ظاهرة لزمه الإعادة كما سبق فلا نسلم حكمها وإن كانت خفية فالفرق أنه لا ينسب فيها إلى تفريط بخلاف النسيان والله أعلم * قال المصنف رحمه الله

* [وان وجد بعض ما يكفيه ففيه قولان قال في الام يلزمه أن يستعمل ما معه ثم يتيمم لقوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) وهذا واجد للماء فيجب ألا يتيمم وهو واجد له ولانه مسح ابيح للضرورة فلا ينوب الا في موضع الضرورة كالمسح على الجبيرة وقال في القديم والاملاء يقتصر على التيمم لان عدم بعض الاصل بمنزلة عدم الجميع في جواز الاقتصار عل البدل كما نقول فيمن وجد بعض الرقبة في الكفارة] [الشرح] قوله مسح أبيح للضرورة احتراز من مسح الخف وإذا وجد المحدث حدثا أصغر أو أكبر بعض ما يكفيه من الماء لطهارته ففي وجوب استعماله القولان اللذان ذكرهما المصنف بدليلهما واتفق الأصحاب على أن الأصح وجوب استعماله وهو إحدى الروايتين عن أحمد وداود وحكاه ابن الصباغ عن عطاء والحسن بن صالح ومعمر بن راشد والقول الآخر هو مذهب مالك وأبي حنيفة وسفيان الثوري والأوزاعي والمزني وابن المنذر قال البغوي وهو قول أكثر العلماء والمختار الوجوب ودليله مع ما ذكر المصنف حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (وإذا أمرتكم بشئ فافعلوا منه ما استطعتم) رواه البخاري ومسلم والفرق بينه وبين بعض الرقبة في الكفارة بالنص والمعنى أما النص فقوله تعالى فتحرير رقبة فمن لم يجد فصيام شهرين معناه لم يجد رقبة وهذا لم يجدها وقال تعالى في التيمم (فلم تجدوا ماء) وهذا واجد ماء وأما المعنى فلأن إيجاب بعض الرقبة مع الشهرين جمع بين البدل والمبدل وذلك غير لازم وفي مسألتنا التيمم يقع عن العضو الذي لم يغسله لا عن المغسول ولأن عتق بعضها لا يفيد شيئا لا يفيده الصوم وغسل بعض الأعضاء يفيد مالا يفيده التيمم وهو رفع الحدث عن ذلك العضو قال الفوراني والمتولي والروياني وصاحبا العدة والبيان **اختلف أصحابنا** في أصل هذين القولين فقيل مأخوذان من تفريق الوضوء إن جوزناه وجب استعماله وإلا فلا قالوا والصحيح أنهما

(١) المجموع شرح المهذب ١٤٨/٢

قولان مستقلان غير مأخوذين من شئ قال أصحابنا وإذا قلنا لا يجب

استعماله فهو مستحب قالوا وإذا أوجبناه وجب تقديمه على التيمم لأن التيمم لعدم الماء لا يصح مع." (١)

-٢٧

"قال المصنف رحمه الله تعالى

* [وفي الدم الذي تراه الحامل قولان أحدهما أنه حيض لأنه دم لا يمنعه الرضاع فلا يمنعه الحمل كالنفاس والثاني أنه دم فساد لأنه لو كان حيضا لحرم الطلاق وتعلق به انقضاء العدة] [الشرح] يقال الرضاع والرضاع بفتح الراء وكسرها فيهما وامرأة حامل وحاملة والأول أشهر وأفصح فإن حملت على رأسها أو ظهرها فحاملة لا غير والدم مخفف الميم على اللغة المشهورة وفيه لغية شاذة بتشديدها

* أما حكم المسألة فإذا رأت الحامل دما يصلح أن يكون حيضا فقولان مشهوران قال صاحب الحاوي والمتولي والبغوي وغيرهم الجديد أنه حيض والقديم ليس بحيض واتفق الأصحاب على أن الصحيح أنه حيض فإن قلنا ليس بحيض فهو دم فساد كما ذكر المصنف وهل يسمى استحاضة فيه خلاف سبق وسواء قلنا استحاضة أو دم فساد هو حدث ينقض الوضوء فإن لم يستمر فهو كالبول فلها أن تصلي بالوضوء الواحد صلوات وإن استمر فلها حكم الاستحاضة المستمرة وسيأتي بيانها في آخر الباب إن شاء الله تعالى: قال الدارمي في الاستذكار اختلف أصحابنا في محل القولين فمنهم من قال هما إذا رأت الدم في أيام عادتها وعلى صفة دم الحيض فإن رأته في غير أيام الحيض أو رأت صفرة أو كدرة فليس بحيض قولا واحدا ومنهم من قال لا فرق بل الخلاف جاز في كل ما يجوز أن يكون حيضا لغير الحامل وقال أبو علي بن أبي هريرة القولان ااقلنا للحمل حكم فإن قلنا لا حكم له فهو حيض قولا واحدا وقال أبو إسحق القولان جاريان سواء قلنا له حكم أم لا قال واختلفوا أيضا فمنهم من قال القولان إذا مضى للحمل أربعون يوما وما رأته قبل ذلك حيض قولا واحدا ومنهم من قال القولان في الجميع هذا آخر كلام الدارمي وقال الشاشي إذا قلنا الحامل لا تحيض فمن متى ينقطع حيضها وجهان الصحيح بنفس العلوق والثاني من وقت حركة الحمل (قلت) الصحيح المشهور جريان القولين بنفس العلوق وفي جميع الأحوال التي ذكرها الدارمي وأما قول المصنف أحدهما أنه حيض لأنه دم لا

(١) المجموع شرح المهذب ٢/٢٦٨

يمنعه الرضاع ولا يمنعه الحمل كالنفاس فمعناه أن المرضع لا تحيض غالبا وكذا الحامل فلو اتفق رؤية الدم في حال الرضاع." (١)

-٢٨

"قطع المصنف والقفال والقاضيان أبو الطيب وحسين والفوراني وأبو علي السنجي في شرح التلخيص وإمام الحرمين وصاحب الأمالي والغزالي والمتولي والبغوي وصاحب العدة والشاشي وخلائق والطريق الثاني ترد إلى يوم وليلة قولا واحدا وبه قطع الشيخ أبو حامد والمحاملي وسليم الرازي وابن الصباغ والجرجاني في التحرير والشيخ نصر والصحيح طريقة المصنف وموافقيه في طرد القولين وبها قال الجمهور وأما قول صاحب البيان في مشكلات المهذب إن أكثر الأصحاب قالوا ترد إلى يوم وليلة قولا واحدا فغير مقبول والمشاهد خلافه كما ذكرناه ورأيناه قال أصحابنا وا اردناها إلى مرد المبتدأة إما يوم وليلة وإما ست أو سبع فابتداء دورها من أول كل هلال حتى لو أفاقت مجنونة متحيرة في اثناء الشهر الهلال حكم بطهرها بقى الشهر وابتداء حيضها من أول الشهر المستقبل هكذا قاله الجمهور وهو ظاهر نص الشافعي في كتاب العدد في مختصر المزني فإنه قال ولو ابتدأت مستحاضة أو نسيت أيام حيضها تركت الصلاة يوما وليلة واستقبلها بها الحيض من أول هلال يأتي عليها فإذا هل هلال الرابع انقضت عدتها **واختلف أصحابنا** في علة تخصيصه بأول الهلال مع انه تحكم لا يقتضيه طبع ولاعادة فقال جماعة منهم الغالب أن أول الحيض يبتدئ مع أول الهلال قال المتولي لأن أول الهلال تهيج الدماء وأنكر المحققون هذا وقالوا هذه مكابرة للحس واحتج له إمام الحرمين بأن المواقيت الشرعية هي بالأهلة وهذا قريب وقال الغزالي لأن الهلال مبادى أحكام الشرع وهذا
غير مقبول وهو شبيه الأول في أنه إنكار للحس فإن الزكاة والعدد والديات والجزى والكفارات وغيرها إنما تبتدئ من حين الشروع سواء وافق الهلال أو خالفه قال إمام الحرمين وهذا القول وهو رد المتحيرة إلى مرد المبتدأة من أول الهلال قول ضعيف مزيف لا أصل له: هذا قول الجمهور تفريعا على هذا القول الضعيف وحكى المحاملي وابن الصباغ وآخرون عن ابن سريج وجها أنه." (٢)

-٢٩

(١) المجموع شرح المهذب ٢/٣٨٤

(٢) المجموع شرح المهذب ٢/٤٣٥

"فليس معناه الساعة التي هي جزء من اثني عشر جزءا من النهار بل المراد مجة كما ذكره الجمهور وانفرد صاحب الحاوي فقال ليس للشافعي رحمه الله في كتبه نص في أقل النفاس وروى أبو ثور عنه أن أقله ساعة قال **واختلف أصحابنا** هل الساعة حد لأقله أم لا على وجهين أحدهما وهو

قول أبي العباس وجميع البغداديين انه محدود الاقل بساعة وبه قال محمد بن الحسن وأبو ثور والثاني وهو قول البصريين أنه لا حد لأقله وإنما ذكر الساعة تقليلا لا تحديدا وأقله مجة دم وبه قال مالك والأوزاعي واحمد واسحق هذا كلام صاحب الحاوي وقال صاحب الشامل وقع في بعض نسخ المزني أقله ساعة وأشار ابن المنذر إلى أن للشافعي في ذكل قولين فإنه قال كان الشافعي يقول إذا ولدت فهي نفساء فإذا أرادت الطهر وجب الغسل والصلاة قال وحكى أبو ثور عن الشافعي أن أقل النفاس ساعة والصحيح المشهور ما قدمناه أن أقله مجة وبنى صاحب الحاوي على ما ذكره من الخلاف في تحديده بساعة أنها لو ولدت ولم تر دما أصلا وقلنا إن الولادة بلا دم توجب الغسل فهل يصح غسلها عقب الولادة ام لابد من تأخيره ساعة فيه وجهان إن قلنا محدود لم يصح وإلا فيصح وهذا البناء ضعيف انبني على ضعيف بل الصواب القطع بصحة غسلها وكيف تمنع صحته بسبب النفاس ولا دم هنا والله أعلم قال الروياني في البحر ولا خلاف أن ابتداء الستين يكون عقيب انفصال الولد سواء قلنا الدم الخارج مع الولد نفاس أم لا ولم يذكر المصنف غالب النفاس وتركه عجب فقد ذكره هو في التنبيه والأصحاب ثم أنه قال بعد هذا ترد المبتدأة إلى غالبه في أحد القولين وهذا يزيد التعجب من تركه وكأنه استغنى بشهرته وقد اتفق أصحابنا على أن غالبه أربعون يوما ومأخذه العادة والوجود والله أعلم

* (فرع)

ذكر المصنف في هذا الفصل أسماء جماعة منهم عطاء والأوزاعي وقد بينا حالهما في." (١)

-٣٠

"والقاف وأبو قتادة اسمه الحارث بن ربعي وقيل النعمان بن ربعي وقيل عمرو بن ربعي والصحيح الأول وهو أنصاري سلمي بفتح السين واللام مدني يقال له فارس رسول الله صلى الله عليه وسلم شهد أحدا والخندق وما بعدهما من المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلف في شهوده بدرا توفي بالمدينة سنة أربع وخمسين وهو ابن سبعين سنة رضي الله عنه: أما حكم المسألة فمذهبنا أنه يدخل وقت العصر إذا صار

---

(١) المجموع شرح المهذب ٥٢٣/٢

ظل كل شئ مثله غير الظل الذي يكون له عند الزوال وهو إذا انقضى وقت الظهر ولا اشتراك بينهما ولا فاصل بينهما هذا مذهبنا وسبق بيان مذاهب العلماء في ذلك وأما قول المصنف " وزاد أدنى زيادة " فكذا نص عليه الشافعي في مختصر المزني وكذا ذكره الشيخ أبو حامد والماوردي والقاضي أبو الطيب والمحاملي وجماهير العراقيين والمتولي وآخرون من الخراسانيين وقال صاحب الذخائر اختلف أصحابنا في هذه الزيادة على ثلاثة أوجه أحدها أنها لبيان انتهاء الظل إلى المثل وإلا فالوقت قد دخل قبل حصول الزيادة بمجرد حصول المثل فعلى هذا تكون الزيادة من وقت العصر والثاني أنها من وقت الظهر وإنما تدخل العصر عقبها قال وهذا ظاهر كلام الشافعي والعراقيين وعليه كثير من الأصحاب والثالث أنها ليست من وقت الظهر ولا من وقت العصر بل هي فاصل بين الوقتين هذا ما حكاه في الذخائر وهذا الثالث ليس بشئ لقوله صلي الله عليه وسلم " وقت الظهر ما لم تحضر العصر " فدل على أنه لا فاصل بينهما والأصح أنها من وقت العصر وبه قطع القاضي حسين وآخرون ونقل الرافعي الاتفاق عليه وأما آخر وقت العصر فهو غروب الشمس هذا هو الصحيح الذي نص عليه الشافعي وقطع به جمهور الأصحاب وقال أبو سعيد الإصطخري آخره إذا صار ظل الشئ مثليه فإن أخر عن ذلك أثم وكانت قضاء قال الشيخ أبو حامد هذا الذي قاله الإصطخري لم يخرجه على أصل الشافعي لأن الشافعي نص في القديم والجديد أن وقتها يمتد حتى تغرب الشمس وانما هو اختيار لنفسه." (١)

٣١-

"حكى عن الشافعي أن للمغرب وقتا واحدا واختلف أصحابنا المصنفون في المسألة على طريقين أحدهما القطع بأن لها وقتا فقط وبهذا قطع المصنف هنا والمحاملي وآخرون من العراقيين ونقله صاحب الحاوي عن الجمهور كما سبق والطريق الثاني على قولين أحدهما هذا والثاني يمتد إلى مغيب الشفق وله أن يبدأ بالصلاة في كل وقت من هذا الزمان وبهذا الطريق قطع المصنف في التنبيه وجماعات من العراقيين وجماهير الخراسانيين وهو الصحيح لأن أبا ثور ثقة إمام ونقل الثقة مقبول ولا يضره كون غيره لم ينقله ولا كونه لم يوجد في كتب الشافعي وهذا مما لا شك فيه فعلى هذا الطريق اختلف في أصح القولين فصحح جمهور الأصحاب القول الجديد وهو أنه ليس لها إلا وقت واحد وصحح جماعة القديم وهو أن لها وقتين ممن صححه من أصحابنا أبو بكر ابن خزيمة وأبو سليمان الخطابي وأبو بكر البيهقي والغزالي في إحياء علوم الدين وفي درسه والبغوي في

(١) المجموع شرح المهذب ٢٦/٣

التهذيب ونقله الروياني في الحلية عن أبي ثور والمزني وابن المنذر وأبي عبد الله الزبيري قال وهو المختار وصححه أيضا العجلي والشيخ أبو عمرو بن الصلاح قلت هذا القول هو الصحيح لأحاديث صحيحة منها حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " وقت المغرب ما لم يغب الشفق " وفي رواية " وقت المغرب إذا غابت الشمس ما لم يسقط الشفق " وفي رواية " وقت المغرب ما لم يسقط ثور الشفق " رواه مسلم بهذه الألفاظ كلها وقوله ثور الشفق هو بالثاء المثلثة: أي ثورانه وفي رواية أبي داود فور الشفق بالفاء وهو بمعنى ثوره وعن أبي موسى الأشعري في بيان النبي صلى الله عليه وسلم للسائل مواقيت الصلاة قال " ثم أخر المغرب حتى كان عند سقوط الشفق " رواه مسلم وقد سبق بطوله وعن بريدة أن النبي صلى الله عليه وسلم " صلى المغرب في اليوم الثاني قبل أن يغيب الشفق " رواه مسلم وقد سبق بطوله وعن أبي قتادة في حديثه السابق " ليس في النوم تفريط إنما التفريط على من لم يصل الصلاة حتى يجئ وقت الأخرى " رواه مسلم وسبق بيانه فإذا عرفت الأحاديث الصحيحة تعين القول به جزما لأن الشافعي نص عليه في القديم كما نقله أبو ثور وعلق الشافعي القول به في الإملاء على ثبوت الحديث وقد ثبت الحديث بل أحاديث والإملاء من كتب الشافعي الجديدة فيكون منصوصا عليه في القديم والجديد وهذا كله مع القاعدة العامة التي أوصى بها الشافعي رحمه الله أنه إذا صح الحديث." (١)

-٣٢

"يصح بل عليه استئناف الأذان كله هذا هو المشهور وقال الشيخ أبو محمد في كتابه الفروق قال الشافعي رحمه الله لو وقع بعض كلمات الأذان قبل الزوال وبعضها بعده بني على الواقع في الوقت قال ومراده قوله في آخر الأذان الله أكبر الله أكبر فيأتي بعده بالتكبير مرتين ثم الشهادة إلى آخره ولا يحتاج إلى أربع تكبيرات وليس مراده ان غير ذلك يحسب له فإن الترتيب واجب قال ولا يضر قوله لا إله إلا الله بين التكبيرات لأنه لو خلل بينها كلاما يسيرا لا يضر فالذكر أولى ونقل الشيخ أبو علي السنجي في شرح التلخيص عن الأصحاب نحو هذا.

ويجوز للصبح قبل وقتها

بلا خلاف واختلف أصحابنا في الوقت الذي يجوز فيه من الليل علي خمسة أوجه أصحها وقول أكثر أصحابنا وبه قطع معظم العراقيين يدخل وقت اذانها من نصف الليل والثاني أنه قبيل طلوع الفجر في السحر

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣/٣٠

وبه قطع البغوي وصححه القاضي حسين والمتولي وهذا ظاهر المنقول عن بلال وابن أم مكتوم والثالث يؤذن في الشتاء لسبع يبقى من الليل وفي الصيف لنصف سبع نقله إمام الحرمين وآخرون من الخراسانيين ورجحه الرافعي على خلاف عادته في التحقيق والرابع أنه يؤذن بعد وقت العشاء المختار وهو ثلث الليل في قول ونصفه في قول حكاه القاضي حسين وصاحبا الإبانة والتتمة والبيان وغيرهم والخامس جميع الليل وقت لأذان الصبح حكاه إمام الحرمين وصاحب العدة والبيان وآخرون وهو في غاية الضعف بل غلط قال إمام الحرمين لولا علو قدر الحاكي له وهو الشيخ أبو علي وأنه لا ينقل إلا ما صح وتنقح عنده لما استجزت نقل هذا الوجه وكيف يحسن الدعاء لصلاة الصبح في وقت الدعاء إلى المغرب والسرف في كل شئ مطرح هذا كلام الإمام والظاهر أن صاحب هذا القول لا يقوله عليه الإطلاق الذي ظنه إمام الحرمين بل إنما يجوزه بعد مضي صلاة العشاء الآخرة وقطعة من الليل وأما الوجه الذي نقله الخراسانيون أنه يؤذن في الشتاء لسبع يبقى وفي الصيف لنصف سبع فهو أيضا تقييد باطل وكأنهم بنوه على حديث باطل نقله الغزالي وغيره عن سعد القرظ الصحابي قال "كان الأذان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشتاء لسبع يبقى من الليل وفي الصيف لنصف سبع " وهذا الحديث باطل غير معروف عند أهل الحديث وقد رواه الشافعي في القديم بإسناد ضعيف عن سعد القرظ قال " أذنا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بقباء وفي زمن عمر رضي الله عنه بالمدينة فكان أذاننا في الصبح في الشتاء لسبع ونصف يبقى من الليل وفي الصيف لسبع يبقى منه وهذا المنقول." (١)

-٣٣

"مكتوم ولأنه أبلغ في الإعلام فإن تنازعوا في الابتداء أقرع فإن ضاق الوقت والمسجد كبير أذنوا في أقطاره كل واحد في قطر ليسمع أهل تلك الناحية وإن كان صغيرا أذنوا معا إذا لم يؤد إلى تهويش قال صاحب الحاوي وغيره ويقفون جميعا عليه كلمة كلمة فإن أدى إلى تهويش أذن

واحد فقط فإن تنازعوا أقرع قال الشيخ أبو حامد والقاضي حسين وغيره فإن أذنوا جميعا واختلفت أصواتهم لم يجز لأن فيه تهويشا على الناس ومتى أذن واحد بعد واحد لم يتأخر بعضهم عن بعض لئلا يذهب أول الوقت ولئلا يظن من سمع الأخير أن هذا أول الوقت قال الشافعي في الأم ولا أحب للإمام إذا أذن المؤذن الأول أن يبطئ بالصلاة ليفرغ من بعده بل يخرج ويقطع من بعده الأذان بخروج الإمام

---

(١) المجموع شرح المهذب ٨٨/٣

* (فرع)

اختلف أصحابنا في الأذان للجمعة فقال المحاملي في المجموع قال الشافعي رحمه الله أحب أن يكون للجمعة أذان واحد عند المنبر ويستحب أن يكون المؤذن واحدا لأنه لم يكن يؤذن يوم الجمعة للنبي صلى الله عليه وسلم إلا بلال هذا كلام المحاملي وقال البندنيجي قال الشافعي أحب أن يكون مؤذن الجمعة واحدا بين يدي الإمام إذا كان على المنبر لا جماعة مؤذنين وصرح أيضا القاضي أبو الطيب وآخرون بأنه يؤذن للجمعة مؤذن واحد وقال الشافعي رحمه الله في البويطي النداء يوم الجمعة هو الذي يكون والإمام على المنبر يكون المؤذنون يستفتحون الأذان فوق المنارة جملة حين يجلس الإمام على المنبر ليسمع الناس فيأتون إلى المسجد فإذا فرغوا خطب الإمام بهم ومنع الناس البيع والشراء تلك الساعة هذا نصه بحروفه وفي صحيح البخاري في باب رجم الحبلى من الزنا عن ابن عباس رضي الله عنهما قال " جلس عمر رضي الله عنه على المنبر يوم الجمعة فلما سكت المؤذنون قام فأثنى على الله تعالي: وذكر الحديث " * قال المصنف رحمه الله

*

* (ويجوز استدعاء الامراء إلى الصلاة لما روت عائشة رضي الله عنها أن بلالا رضى الله عنه جاء فقال " السلام عليك يا رسول الله ورحمة الله وبركاته الصلاة رحمك الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم مرى أبا بكر فليصل بالناس " قال ابن قسيط وكان بلال يسلم علي أبى بكر وعمر رضي الله عنهما كما كان يسلم على رسول الله صلى الله عليه وسلم)

*

*." (١)

-٣٤

"* (الشرح)

* الصلاة في الأرض المغصوبة حرام بالإجماع وصحيحة عندنا وعند الجمهور من الفقهاء وأصحاب الأصول وقال أحمد بن حنبل والجبائي وغيره من المعتزلة باطلة واستدل عليهم الأصوليون بإجماع من قبلهم قال الغزالي في المستصفى هذه المسألة قطعية ليست اجتهادية والمصيب فيها واحد لأن من صحح الصلاة أخذه من الإجماع وهو قطعي ومن أبطلها أخذه من التضاد الذي بين القربة والمعصية ويدعي كون ذلك محالا بالعقل

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٢٤/٣

فالمسألة قطعية ومن صححها يقول هو عاص من وجه متقرب

من وجه ولا استحالة في ذلك إنما الاستحالة في أن يكون متقربا من الوجه الذي هو عاص به وقال القاضى أبو بكر بن الباقلانى يسقط الفرض عند هذه الصلاة لا بها بدليل الإجماع على سقوط الفرض إذا صلى **واختلف أصحابنا** هل في هذه الصلاة ثواب أم لا ففي الفتاوى التي نقلها القاضي أبو منصور أحمد بن محمد بن محمد بن عبد الواحد عن عمه ابى نص بن الصباغ صاحب الشامل رحمه الله قال المحفوظ من كلام أصحابنا بالعراق أن الصلاة في الدار المغصوبة صحيحة يسقط بها الفرض ولا ثواب فيها قال القاضي أبو منصور ورأيت أصحابنا بخراسان اختلفوا منهم من قال لا تصح صلاته قال وذكر شيخنا يعني ابن الصباغ في كتابه الكامل إنا إذا قلنا بصحة الصلاة ينبغي أن يحصل الثواب فيكون مثابا على فعله عاصيا بمقامه قال القاضي وهذا هو القياس إذا صححناها

* (فرع)

في مسائل تتعلق بالباب (إحداها) قال أصحابنا لا تكره الصلاة على الصوف واللبود والبسط والطنافس وجميع الأمتعة ولا يكره فيها أيضا هذا مذهبنا ونقله العبدري عن جماهير العلماء وقال مالك يكره كراهة تنزيه قال وقالت الشيعة لا تجوز الصلاة على الصوف وتجوز فيه لانه ليس ثابتا من الأرض (الثانية) قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله تجوز الصلاة في ثوب الحائض والثوب التي تجامع فيه إذا لم يتحقق فيهما نجاسة ولا كراهة فيه قالوا وتجوز في ثياب الصبيان والكفار والقصابين ومدمني الخمر وغيرهم إذا لم يتحقق نجاستها لكن غيرها أولى وسبق في كتاب الطهارة بيان خلاف ضعيف في هؤلاء (الثالثة) إذا أصاب ثوبه أو بدنه نجاسة يابسة فنفضها ولم يبق شئ منها وصلي صحت صلاته بالاجماع

*." (١)

-٣٥

"(فرع)

المريض الذي يعجز عن استقبال القبلة ولا يجد من يحوله إلى القبلة لا متبرعا ولا بأجرة مثله وهو واجدها يجب عليه أن يصلي على حسب حاله وتجب الإعادة لأنه عذر نادر والمربوط على خشبة والغريق ونحوهما تلزمهما الصلاة بالإيماء حيث أمكنهم وتجب الإعادة لندوره وفيهم خلاف سبق في باب التيمم والصحيح وجوب

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٦٤/٣

الإعادة (التاسعة) إذا تيقن الخطأ في القبلة لزمه الإعادة في أصح القولين كما سبق واختار المزني أن لا إعادة وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد وداود واحتجوا بأشياء كثيرة منها أن أهل قباء صلوا ركعة إلى بيت المقدس بعد نسخه ووجوب استقبال الكعبة ثم علموا في أثناء الصلاة النسخ فاستداروا في صلاتهم وأتموا إلى الكعبة وكانت الركعة الأولى إلى غير الكعبة بعد وجوب استقبال الكعبة ولم يؤمروا بالإعادة قال الشيخ أبو حامد في جوابه **اختلف أصحابنا** في النسخ إذا ورد إلى النبي صلى الله عليه وسلم هل يثبت في حق الأمة قبل بلوغه إليهم أم

لا يكون نسخا في حقهم حتى يبلغهم وفيه وجهان فإن قلنا لا يثبت في حقهم حتى يبلغهم فأهل قباء لم تصر الكعبة قبلتهم إلا حين بلغتهم فلا إعادة على أهل قباء قولا واحدا وإن كان في المخطئ قولان قال الفرق أن أهل قباء استقبلوا بيت المقدس بالنص فلا يجوز لهم الاجتهاد في خلافه فلا ينسبوا إلى تفريط بخلاف المجتهد الذي أخطأ واحتجوا أيضا بحديث عامر بن ربيعة قال "كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر في ليلة مظلمة فلم ندر أين القبلة فصلى كل رجل منا حياله." (١)

-٣٦

"عن احمد ليست بصحيحة عنه (١) فإن نوى بقلبه ولم يتلفظ بلسانه أجزأه على المذهب وبه قطع الجمهور وفيه الوجه الذي ذكره المصنف وذكره غيره وقال صاحب الحاوي هو قول أبي عبد الله الزبيري أنه لا يجزئه حتى يجمع بين نية القلب وتلفظ اللسان لأن الشافعي رحمه الله قال في الحج إذا نوى حجا أو عمرة أجزأ وإن لم يتلفظ وليس كالصلاة لا تصح إلا بالنطق قال أصحابنا غلط هذا القائل وليس مراد الشافعي بالنطق في الصلاة هذا بل مراده التكبير: ولو تلفظ بلسانه ولم ينو بقلبه لم تنعقد صلاته بالإجماع فيه: ولو نوى بقلبه صلاة الظهر وجرى على لسانه صلاة العصر انعقدت صلاة الظهر

* (فرع)

**اختلف أصحابنا** في النية هل هي فرض أم شرط فقال المصنف والأكثرون هي فرض من فروض الصلاة وركن من أركانها كالتكبير والقراءة والركوع وغيرها وقال جماعة هي شرط كاستقبال القبلة والطهارة وبهذا قطع القاضي أبو الطيب في تعليقه وابن الصباغ واختاره الغزالي وحكاه الشيخ أبو حامد في تعليقه في أول باب ما يجزئ من الصلاة وقال بن القاص والقفال استقبال القبلة ركن والصحيح المشهور أنه شرط لا ركن والله اعلم

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٤٣/٣

*

* قال المصنف رحمه الله

*

* (ويجب أن تكون النية مقارنة للتكبير لانه أول فرض من فروض الصلاة فيجب أن تكون مقارنة له)

*

*

* (الشرح)

* قال الشافعي رحمه الله في المختصر (وإذا أحرم نوى صلاته في حال التكبير لا بعده ولا قبله) ونقل الغزالي وغيره النص بعبارة أخرى فقالوا قال الشافعي (ينوي مع التكبير لا قبله ولا بعده) قال أصحابنا يشترط مقارنة النية مع ابتداء التكبير وفي كيفية المقارنة وجهان (أحدهما) يجب أن يبتدئ النية بالقلب مع ابتداء التكبير باللسان ويفرع منها مع فراغه منه (وأصحهما) لا يجب بل لا يجوز لئلا يخلو أول التكببر عن تمام النية فعلى هذا وجهان

(أحدهما)

وهو قول أبي منصور ابن مهران شيخ أبي بكر الأودني يجب أن يقدم النية على أول التكبير بشئ يسبر لئلا يتأخر أولها عن أول التكبير

(والثاني)

وهو الصحيح عند الأكثرين لا يجب ذلك بل الاعتبار بالمقارنة

وسواء قدم أم لم يقدم ويجب استصحاب النية إلى انقضاء التكبير على الصحيح وفيه وجه ضعيف أنه لا يجب واختار إمام الحرمين والغزالي في البسيط وغيره انه لا يجب التدقيق المذكور

---

(١) هكذا بالاصل وفى غير هذا الكتاب نسبة هـ سذا القول لداود فليحرر اه." (١)

-٣٧

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٧٧/٣

"(فرع)

في مذاهب العلماء في محل رفع اليدين: ذكرنا أن مذهبنا المشهور أنه يرفع حذو منكبيه وبه قال عمر بن الخطاب وابنه رضي الله عنهما ومالك واحمد واسحق وابن المندر وقال أبو حنيفة حذو اذنيه وعن حمد رواية أنه يتخير بينهما ولا فضيلة لأحدهما وحكاه ابن المنذر عن بعض أهل الحديث واستحسنه وحكى العبيدي عن طاوس أنه رفع بديه حتى تجاوز لهما رأسه وهذا باطل لا أصل له)

*

*

* قال المصنف رحمه الله

*

* (ويفرق بين اصابعه لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم "كان ينشر اصابعه في الصلاة نشرا ")

*

* (الشرح)

* هذا الحديث رواه الترمذي وضعفه وبالغ في تضعيفه **واختلف أصحابنا** في استحباب

تفريق الاصابع هنا فقطع المصنف والجمهور باستحبابه ونقله المحاملي في المجموع عن الأصحاب مطلقا وقال الغزالي لا يتكلف الضم ولا التفريق بل يتركها منشورة على هيئتها وقال الرافعي يفرق تفريقا وسطا والمشهور الاول قال صاحب التهذيب بالتفريق في كل موضع أمرناه برفع اليدين)

*

* (فرع)

للأصابع في الصلاة أحوال (أحدها) حالة الرفع في تكبيرة الإحرام والركوع والرفع منه والقيام من التشهد الأول وقد ذكرنا أن المشهور استحباب التفريق فيها (الثاني) حالة القيام والاعتدال من الركوع فلا تفريق فيها (الثالث) حالة الركوع يستحب تفريقها على الركبتين (الرابع) حالة الركوع يستحب ضمها وتوجيهها إلى القبلة (الخامس) حالة لجلوس بين السجدتين وفيها وجهان (الصحيح) أنها كحالة السجود

(والثاني)

يتركها على هيئتها ولا يتكلف ضمها (السادس) حالة التشهد باليمنى مقبوضة الأصابع إلا المسبحة والإبهام خلاف مشهور واليسرى مبسوطة وفيها الوجهان اللذان في حالة الجلوس بين السجدتين الصحيح يضمها ويوجهها للقبلة

*

* قال المصنف رحمه الله

*

* (ويكون ابتداء الرفع مع ابتداء التكبير وانتهاؤه مع انتهائه فان سبق اليد اثبتها مرفوعة حتى يفرغ من التكبير لان الرفع للتكبير فكان معه)

*

* (الشرح)

* في وقت استحباب الرفع خمسة أوجه أصحها هذا الذي جزم به المصنف وهو أن يكون ابتداء الرفع مع ابتداء التكبير وانتهاؤه مع انتهائه وهذا هو المنصوص قال الشافعي في الأم: يرفع مع افتتاح التكبير ويرفع يديه عن الرفع مع اقضائه ويثبت يديه مرفوعة حتى يفرغ من التكبير كله قال فإن أثبت يديه بعد انقضاء التكبير مرفوعتين قليلا لم يضره ولا آمره به هذا نصه بحروفه وقال الشيخ أبو حامد في." (١)

-٣٨

"الأول فإن تعذرت عليه الفاتحة لتعذر التعليم لضيق الوقت أو بلادته أو عدم المعلم أو المصحف أو غير ذلك لم يجز ترجمة القرآن بغير العربية بل ينظر إن أحسن غيرها من القرآن لزمه قراءة سبع آيات ولا يجزيه دون سبع وإن كانت طوالا بلا خلاف ونقل الشيخ أبو محمد في التبصرة وآخرون اتفاق الأصحاب على هذا ولا يضر طول الآيات وزيادة حروفها على حروف الفاتحة وهل يشترط أن لا ينقص عن حروفها فيه خلاف جعله المصنف قولين وحكاه جمهور الأصحاب في طريقتي العراق وخراسان وجهين وقال صاحب الشامل والبيان **اختلف أصحابنا** فيه فبعضهم حكاه قولين وبعضهم حكاه وجهين ونقلهما القاضي أبو الطيب في تعليقه قولين (أحدهما) تجب أن تكون بعدد حروف الفاتحة وهو الذى نقل المزني (والثاني) لا تجب نص عله الشافعي في باب استبقال القبلة قال تجب سبع آيات طوا لاكن أو قصارا وحاصل ما ذكره الأصحاب ثلاثة

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٠٧/٣

أوجه (أصحها) باتفاقهم بشرط

أن لا ينقص حروف الآيات السبع عن حروف الفاتحة ولا يشترط أن كل آية بقدر آية بل يجزيه أن يجعل آيتين بدل آية بحيث يكون مجموع الآيات لا ينقص عن حروف الفاتحة والحرف المشدد بحرفين في الفاتحة والبدل ذكره الشيخ أبو محمد في التبصرة وهو واضح (والثاني) يجب أن يعدل حروف كل آية من البدل حروف آية من الفاتحة على الترتيب فيكون مثلها أو أطول حكاه البغوي وآخرون وضعفوه (والثالث) يكفي سبع آيات ناقصات كما يكفي صوم قصير عن طويل وقول المصنف لا يمكن اعتبار الساعات إلا بمشقة لا يسلم بل يمكنه ذلك بالاستظهار بأطول منه كما قلنا هنا ثم إن لم يحسن سبع آيات متوالية بالشرط المذكور كان له العدول إلى مفرقة بلا خلاف عليه نص في الام واتفقوا عليه لكن الجمهور أطلقوا المسألة وقال إمام الحرمين لو كانت الآية الفردة لا تغير معنى منظوما إذا قرئت وحدها كقوله (ثم نظر) فيظهر أن لا نأمره بقراءة هذه الآية المتفرقة ونجعله كمن لا يحسن قرآنا أصلا فسيأتي بالذكر والمختار ما سبق عن إطلاق الأصحاب وإن كان يحسن سبع آيات متوالية بالشرط المذكور فوجهان حكاهما السرخسي في الأمالي وغيره

(أحدهما)

لا تجزيه المتفرقة بل تجب قراءة سبع آيات متوالية وبهذا قطع إمام الحرمين والغزالي في البسيط والرافعي (أصحهما) تجزيه المتفرقة من سورة أو سور وبه قطع القاضي أبو الطيب في تعليقه والبندنيجي وصاحب البيان وهو المنصوص في الأم أما إذا كان يحسن دون سبع آيات كآية أو آيتين فوجهان (أصحهما) يقرأ ما يحسنه ثم يأتي بالذكر عن الباقي لأنه عاجز عن الباقي فانتقل إلى بدله

(والثاني)

يجب تكرار ما يحسنه حتى يبلغ قدر الفاتحة لأنه أقرب إليها من الذكر فلو لم يحسن إلا بعض الفاتحة ولم يحسن بدلا من الذكر وجب تكرار ما يحسنه حتى يبلغ قدرها بلا خلاف ولو أحسن آية أو آيات من الفاتحة ولم يحسن." (١)

-٣٩

"وإلا فاحمد الله وكبره وهلله ثم اركع فاطمئن راكعا ثم اعتدل قائما: وذكر تمام الحديث " رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن **واختلف أصحابنا** في الذكر على ثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول أبي علي

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣/٣٧٥

الطبري أنه يتعين أن يقول سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر ولا حول ولا قوة إلا بالله فتجب هذه الكلمات الخمس وتكفيه

(والثاني)

أنها تتعين ويجب معها كلمتان من الذكر ليصير سبعة أنواع مقام سبع آيات والمراد بالكلمات أنواع الذكر لا الألفاظ المسردة (والثالث) وهو الصحيح عند المصنف وجمهور الأصحاب وهو الصحيح أيضا في الدليل أنه لا يتعين شئ من الذكر بل يجزيه جميع الأذكار من التهليل والتسبيح والتكبير وغيرها فيجب سبعة أذكار ولكن هل يشترط أن لا ينقص حروف ما أتى به عن حروف الفاتحة فيه وجهان (أصحهما) يشترط وهما كالوجهين في البدل من القرآن قال إمام الحرمين ولا يراعى هنا إلا الحروف بخلاف ما إذا أحسن قرآنا غير الفاتحة فانا نراعين الآيات وفي الحروف خلاف وقال البغوي يجب سبعة انوع من الذكر يقام كل نوع مقام آية قال الرافعي هذا أقرب من قول الإمام

* واحتج لأبي علي الطبري بحديث ابن أبي أوفى وليس فيه غير الكلمات الخمس وأجاب القائلون بالصحيح بأن الحديث ضعيف ولو صح لم يكن فيه نفي وجوب زيادة من الأذكار (فإن قيل) لو وجب زيادة لذكرت (قيل)." (١)

٤٠-

"الكتب أنه لا يجب لانها لا تكشف الا لحاجة فهى كالقدم وقال في السبق والرمى قد قيل فيه قول آخر أنه يجب لحديث خباب بن الارت رضي الله عنه)

*

*

* (الشرح)

* حديث ابن عباس رضى اله عنهما رواه البخاري ومسلم وقوله قال في السبق والرمي يعني قال الشافعي في كتاب السبق والرمي وهو كتاب من كتب الأم.

أما حكم المسألة ففي وجوب وضع اليدين والركبتين والقدمين قولان مشهوران نص عليهما في الأم قال الشيخ أبو حامد ونص في الإملاء أن وضعها مستحب لا واجب واختلف الأصحاب في الأصح من القولين فقال

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣/٣٧٧

القاضي أبو الطيب ظاهر حديث الشافعي أنه لا يجب وضعها وهو قول عامة الفقهاء وقال المصنف والبغوى هذا القول هو الأشهر وصححه الجرجاني في التحرير والروياني في الحلية ولارافعى وصحح جماعة قول الوجوب منهم البندنيجي وصاحب العدة والشيخ نصر المقدسي وبه قطع الشيخ أبو حامد في التبصرة وهذا هو الأصح وهو الراجح في الدليل فإن الحديث صريح في الأمر بوضعها والأمر للوجوب على المختار وهو مذهب الفقهاء والقائل الأول يحمل الحديث علي الاسحباب

ولكن لا نسلم له لأن أصله الوجوب فلا يصرف عنه بغير دليل فالمختار الصحيح الوجوب وقد أشار الشافعي رحمه الله في الأم إلى ترجيحه كما سأذكره قريبا إن شاء الله تعالى ثم **اختلف أصحابنا** في موضع القولين فقال المصنف والجمهور في اليدين والركبتين والقدمين قولان ولم يفرقوا بينها وقال القاضي حسين في وجوب وضع اليدين قولان (فإن قلنا) لا يجب لم يجب وضع الركبتين وإلا فقولان (فإن قلنا) لا تجب الركبتان فالقدمان أول وإلا فقولان وذكر إمام الحرمين أن المذهب طرد القولين في الجميع وأن من الأصحاب من خصهما باليدين وقال لا تجب الركبتان والقدمان وذكر القفال في شرح التلخيص قول ابن القاص أن في الجيمع قولين ثم قال القفال قال أصحابنا هذا غلط ولا يختلف المذهب أن وضع الركبتين وأطراف القدمين واجب وإنما اختلف قوله في وجوب وضع اليدين وهذا الذي نقله القفال عن الأصحاب عجيب غريب وهو غلط بلا شك لأن الشافعي نص على القولين في الأعضاء الستة في الأم وصرح الأصحاب المتقدمون والمتأخرون بجريان القولين في الجميع وها أنا أنقل نص الشافعي رحمه الله من الأم بحروفه قال في الأم "كمال السجود أن يسجد على جبهته وأنفه وراحته وركبتيه وقدميه وإن سجد على جبهته دون أنفه كرهت ذلك له وأجزأه وإن سجد على بعض جبهته دون جميعها كرهت ذلك ولم يكن عليه اعادة قال واجب أن يباشر براحتيه الأرض في الحر والبرد ولا أحب هذا في ركبتيه بل أحب أن يكونا مستترين بالثياب وأحب إن لم يكن الرجل متخففا أن يفضي بقدميه إلى الأرض ولا يسجد متنعلا." (١)

٤١-

"أوجه حكاها البغوي والمتولي وصاحب البيان وآخرون (أصحها) عند الجمهور وبه قطع المصنف هنا وفي التنبيه ونقله أبو حامد عن نص الشافعي أنه يرفع مكبرا ويمده إلى أن يستوي قائما ويخفف الجلسة ودليله ما ذكره المصنف والأصحاب أن لا يخلو جزء من الصلاة عن ذكر (الثاني) يرفع غير مكبر ويبدأ بالتكبير

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٢٧/٣

جالسا ويمده إلى أن يقوم (الثالث) يرفع مكبرا فإذا جلس قطعه ثم يقوم بلا تكبير نقله أبو حامد عن أبي اسحق المروزي وقطع به القاضي أبو الطيب قال أصحابنا ولا خلاف أنه لا يأتي بتكبيرتين ممن صرح بذلك القاضي حسين والبغوي والسنة فيها أن يجلس مفترشا لحديث أبي حميد هذا هو المذهب وبه قطع المصنف والجمهور وحكى صاحب الحاوي وجها أنه يجلس على صدور قدميه وهو شاذ وتسن هذه الجلسة عقب السجدتين في كل ركعة يعقبها قيام سواء الأولى والثالثة والفرائض والنوافل لحديث مالك بن الحويرث أن النبي صلى الله تعالي عليه وسلم "كان إذا كان في وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوي قاعدا " رواه البخاري ولو سجد المصلي للتلاوة لم تشرع جلسة الاستراحة بلا خلاف وصرح به القاضي حسين والبغوي وغيرهما قال أصحابنا ولو لم يجلس الإمام جلسة الاستراحة فجلسها المأموم جاز ولا يضر هذا التخلف لأنه يسير وبهذا فرق أصحابنا بينه وبين ما لو ترك التشهد الأول **واختلف أصحابنا** في جلسة الاستراحة هل هي من الركعة الثانية أم جلوس مستقل على وجهين

(أحدهما)

أنها من الثانية حكاه في البيان عن الشيخ أبي حامد (الثاني) وهو الصحيح المشهور أنها جلوس فاصل بين الركعتين وليس من واحدة منهما كالتشهد الأول وجلوسه وبهذا قطع ابن الصباغ والمتولي وتظهر فائدة الخلاف في تعليق اليمين على شئ في الركعة الثانية ونحو ذلك (واعلم) أنه ينبغي لكل أحد أن يواظب على هذه الجلسة لصحة الأحاديث فيها وعدم المعارض الصحيح لها ولا تغتر بكثرة المتساهلين بتركها فقد قال الله تعالى (قل إن كنتم تحبون الله فاتبعوني يحببكم الله ويغفر لكم ذنوبكم) وقال تعالي (وما أتاكم لرسول فخذوه) قال أصحابنا وسواء قام من الجلسة أو من السجدة يسن أن يقوم معتمدا بيديه على الأرض وكذا إذا قام من التشهد الأول يعتمد بيديه على الأرض سواء في هذا القوي والضعيف والرجل والمرأة ونص عليه الشافعي واتفق عليه الأصحاب لحديث مالك بن الحويرث وليس له معارض صحيح عن النبي صلي الله عليه وسلم أعلم وإذا اعتمد بيديه جعل بطن راحتيه وبطون أصابعه على الأرض بلا خلاف وأما الحديث المذكور في الوسيط وغيره عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم "كان إذا قام في صلاته وضع يديه على الأرض كما يضع العاجن " فهو حديث ضعيف أو باطل لا أصل له وهو بالنون ولو صح كان معناه قائم معتمد ببطن يديه

كما يعتمد العاجز وهو الشيخ الكبير وليس المراد عاجن العجين
*." (١)

٤٢-

"الرافعي وهو اختيار معظم المتأخرين وحملوا نص الشافعي على الاستحباب قال أصحابنا فإن قلنا يجب نية الخروج لم تجب عن الصلاة التي يخرج منها بلا خلاف وممن نقل اتفاق الأصحاب على هذا الشيخ أبو حامد في تعليقه وصاحب العدة وغيرهما قالوا لأن الخروج متعين لما شرع بخلاف الدخول في الصلاة فإنه متردد قالوا فلو عين غير التي هو فيها عمدا بطلت صلاته وإن كان سهوا سجد للسهو وسلم ثانيا وإن قلنا لا تجب النية لم يضر الخطأ في التعيين لأنه كمن لم ينو هكذا قاله أصحابنا واتفقوا عليه قال صاحب العدة والبيان لا يضره كما لو شرع في صلاة الظهر وظن في الركعة الثانية أنه في العصر ثم تذكر في الثالثة أنها الظهر لم يضره وصلاته صحيحة في المسألتين قال أصحابنا وإذا قلنا تجب النية فمعناه ان يقصد سلامة الخروج من الصلاة وأنه تحلل به فتكون النية مقترنة بالسلام فلو أخرها عنه وسلم بلا نية بطلت صلاته إن تعمد وإن سها لم تبطل ويسجد للسهو ثم يعيد السلام مع النية إن لم يطل الفصل فإن طال وجب استئناف الصلاة ولو نوى قبل السلام الخروج بطلت صلاته وإن نوى قبل السلام أنه سينوي الخروج عند السلام لم تبطل صلاته لكن لا تجزئه

هذه النية بل يجب أن ينوي مع السلام قال أصحابنا ويشترط أن يوقع السلام في حالة القعود فلو سلم في غيره لم يجزه وتبطل صلاته إن تعمد هذا ما يتعلق بأقل السلام وأما أكمله فأن يقول السلام عليكم ورحمة الله وهل يسن تسليمة ثانية أم يقتصر على واحدة ولا تشرع الثانية فيه ثلاثة أقوال (الصحيح) المشهور وهو نصه في الجديد وبه قطع أكثر الأصحاب يسن تسليمتان (والثاني) تسليمة واحدة قاله في القديم (والثالث) قاله في القديم أيضا إن كان منفردا أو في جماعة قليلة ولا لغط عندهم فتسليمة واحدة وإلا فثنتان هكذا حكى الأصحاب هذا الثالث قولا قديما وحكاه إمام الحرمين والغزالي عن رواية الربيع فيقتضي ان يكون قولا آخر في الجديد (١) ثلاث والمذهب تسليمتان للأحاديث الصحيحة التي سنذكرها ولم يثبت حديث التسليمة الواحدة كما سنذكره إن شاء الله تعالى ولو ثبت فله تأويلات سنذكرها (٢) فإن قلنا تسليمة واحدة جعلها تلقاء وجهه وإن قلنا تسليمتان فالسنة أن تكون إحداهما عن يمينه والأخرى عن يساره قال صاحب التهذيب وغيره

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٤٢/٣

يبتدئ السلام مستقبل القبلة ويتمه ملتفتا بحيث يكون تمام سلامه مع آخر الالتفات ففي التسليمة الأولى يلتفت حتى يرى من عن يمينه خده الأيمن وفي الثانية يلتفت حتى يرى من عن يساره خده الأيسر هذا هو الأصح وصححه إمام الحرمين والغزالي في البسيط والجمهور وبه قطع الغزالي في الوسيط والبغوي وغيرهما وقال إمام لحرمين يلتفت حتى يرى خداه **واختلف أصحابنا** فيه فمنهم من قال حتى يرى خداه من كل جانب قال وهذا بعيد فإنه إسراف قال أصحابنا ولو سلم التسليمتين

---

(١، ٢) كذا الاصل فحرر." (١)

-٤٣

"بسم الله الرحمن الرحيم

(باب صلاة التطوع)

**اختلف أصحابنا** في حد التطوع والنافلة والسنة على ثلاثة أوجه (أحدها) أن تطوع الصلاة ما لم يرد فيه نقل بخصوصيته بل يفعله الإنسان ابتداء والذاهبون إلى هذا قالوا ما عدا الفرائض ثلاثة أقسام (سنن) وهي التي واظب عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم (ومستحبات) وهي التي فعلها أحيانا ولم يواظب عليها (وتطوعات) وهي التي ذكرنا أولا والوجه الثاني أن النفل والتطوع لفظان مترادفان معناهما واحد وهما ما سوى الفرائض والوجه الثالث أن السنة والنفل والتطوع والمندوب والمرغب فيه والمستحب ألفاظ مترادفة وهي ما سوى الواجبات قال العلماء التطوع في الأصل فعل الطاعة وصار في الشرع مخصوصا بطاعة غير واجبة

*

* قال المصنف رحمه الله

* (أفضل عبادات البدن الصلاة لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " استقيموا واعلموا ان خير اعمالكم الصلاة ولا يحافظ علي الوضوء الا مؤمن " ولانها تجمع من القرب ما لا يجمع غيرها من الطهارة واستقبال القبلة والقراءة وذكر الله تعالى والصلاة على رسول

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٧٧/٣

الله صلى الله عليه وسلم ويمنع فيها من كل ما يمنع منه في سائر العبادات وتزيد عليها بالامتناع من الكلام والمشي وسائر الافعال وتطوعها أفضل التطوع)

*.

(الشرح) حديث عبد الله هذا رواه ابن ماجه فيه في سننه في كتاب الوضوء والبيهقي فيه وفى فضائل الصلوات قيل استقبال القبلة روياه من حديث عبد الله ومن حديث ثوبان بلفظه هنا وفيه زيادة قال " استقيموا ولن." (١)

٤٤-

"إنما تباح في نفس البلدة دون باقي الحرم وفي وجه ثالث حكاه صاحب الحاوي عن القفال الشاشي إنما تباح في نفس المسجد الذي حول الكعبة لا فيما سواه من بيوت مكة وسائر الحرم والصحيح الأول صححه الأصحاب وحكاه صاحب الحاوي عن أبي اسحق المروزي هذا تفصيل مذهبنا وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد لا تباح الصلاة بمكة في هذه الأوقات لعموم الأحاديث دليلنا حديث جبير والله أعلم

*

(فرع)

في مسائل تتعلق بالباب (إحداها) اختلف أصحابنا في أن النهي حيث ثبت في هذه الأوقات هل هو كراهة تنزيه أم تحريم على وجهين (أحدهما) كراهة تنزيه وبه قطع جماعة تصريحا منهم البندنيجي في آخر باب الصلاة بالنجاسة

(والثاني)

وهو الاصح كراهة تحريم لثبوت لاحاديث في النهي وأصل النهي للتحريم وقد صرح بالتحريم الماوردي في كتابه الإقناع وصاحب الذخائر وغيرهما (الثانية) لو." (٢)

٤٥-

"يسقط بالتوبة واستشكل إمام الحرمين جواز التغيب لمن عليه قصاص وأجاب عنه بأن العفو مندوب إليه وهذا التغييب طريق إلى العفو ومنها أن يكون عاريا لا لباس له فيعذر في التخلف سواء وجد ساتر العورة

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢/٤

(٢) المجموع شرح المهذب ١٨٠/٤

أم لا: لأن عليه مشقة في تبذله بالمشي بغير ثوب يليق به ومنها أن يريد سفرا وترتحل الرفقة ومنها أن يكون ناشد ضالة يرجوها إن ترك الجماعة أو وجد من غصب ماله وأراد استرداده ومنها أن يكون أكل توما أو بصلا وكراثا ونحوها ولم يمكنه إزالة الرائحة بغسل ومعالجة فإن أمكنته أو كان مطبوخا لا ريح له فلا عذر ومنها غلبة النوم والنعاس إن انتظر الجماعة فهو عذر قال صاحب الحاوى والزلزلة عذر * قال المصنف رحمه الله

* (ويستحب لمن قصد الجماعة أن يمشي إليها وقال أبو اسحق إن خاف فوت التكبيرة الأولى أسرع

لما روي أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه اشتد إلي الصلاة وقال بادر واحد الصلاة يعني التكبيرة الأولى والأول أصح لما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " إذا أقيمت الصلاة فلا تأتوها وأنتم تسعون ولكن ائتوها وأنتم تمشون وعليكم السكينة فما أدركتم تصلوا وما فاتكم فأتموا ")

* (الشرح) حديث أبي هريرة رواه البخاري ومسلم وروى في الصحيحين " وما فاتكم فأتموا " وفي رواية " فاقضوا " وروايات " فأتموا " أكثر قال أصحابنا السنة لقاصد الجماعة أن يمشي إليها بسكينة ووقار سواء خاف فوت تكبيرة الإحرام وغيرها ام لا وفيه هذا الوجه لابي اسحق وهو ضعيف جدا منابذ للسنة الصحيحة والسنة أن لا يعبث في مشيه إلى الصلاة ولا يتكلم بمستهجن ولا يتعاطى ما يكره في الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم " فإن أحدكم في صلاة ما دام يعمد إلى الصلاة " رواه مسلم في بعض طرق هذا الحديث السابق

* (فرع)

يستحب المحافظة على إدراك تكبيرة الإحرام مع الإمام بأن يتقدم إلى المسجد قبل وقت الإقامة وجاء في فضيلة إدراكها أشياء كثيرة عن السلف منها هذا المذكور عن ابن مسعود وأشياء عن غيره ويحتج له بقوله صلى الله عليه وسلم " إنما جعل الإمام ليوتم به فإذا كبر فكبروا " رواه البخاري ومسلم ومن رواية أنس وأبي هريرة وموضع الدلالة أن الفاء عند أهل العربية للتعقيب فالحديث صريح في الأمر بتعقيب تكبيرته بتكبيرة الإمام **واختلف أصحابنا** فيما يدرك به فضيلة تكبيرة الإحرام على خمسة أوجه (أصحها) بأن يحضر تكبير الإمام ويشتغل عقبها بعقد صلاته من غير وسوسة." (١)

٤٦-

"وفيه قولان مشهوران (أصحهما) باتفاق الأصحاب يصح وهو نصه في معظم كتبه الجديدة (والثاني) لا يصح نص عليه في الإملاء من كتبه الجديدة ودليلها ما ذكره المصنف ويستدل للصحة أيضا بحديث سهل

(١) المجموع شرح المهذب ٤/٢٠٦

بن سعد أن النبي صلى الله عليه وسلم " ذهب ليصلح بين بني عمرو بن عوف فحضرت الصلاة قبل مجئ النبي صلى الله عليه وسلم فقدموا أبا بكر رضى الله عنه ليصلي ثم جاء النبي صلى الله عليه وسلم وهم في الصلاة فتقدم فصلى بهم واقتدى به أبو بكر والجماعة " فصار أبو بكر مقتديا في أثناء صلاته **واختلف أصحابنا** في موضع القولين على أربع طرق مشهورة (أحدها) القولان فيمن دخل في الجماعة بعد ركوعه منفردا فإن دخل قبل ركوعه صحت قولا واحدا (والثاني) القولان فيمن دخل فيها قبل ركوعه فإن دخل فيها بعده بطلت قولا واحدا (والثالث) القولان إذا اتفقا في الركعة كأولى أو ثانية فإن اختلفا وكان الإمام في ركعة والمأموم في أخرى متقدمة أو متأخرة بطلت قولا واحدا (والرابع) وهو الصحيح أن القولين في الاحوال كلها لوجود علتها في كل الأحوال والمذهب صحتها بكل حال وسواء اقتدى بإمام أحرم بعده أم بإمام كان محرما قبل إحرام هذا المقتدي قال أصحابنا ولو نوى الاقتداء في صلاة رباعية بمن يصلي ركعتين فسلم الإمام بعد فراغه فقام المقتدي واقتدى في ركعتيه الباقيتين بآخر ففيه القولان ومثله هذا الذي يعتاده كثير من الناس يدرك الإمام في صلاة التراويح فيحرم خلفه بالعشاء فإذا سلم الامام قال المقتدي لإتمام صلاته ثم يحرم الإمام بركعتين أخريين في التراويح فيقتدي به فيهما ففي صحته القولان (أصحهما) الصحة وهكذا لو اقتدى في كل ركعة ففيه الخلاف بالترتيب وأولى بالبطان فإذا قلنا بالصحة فاختلفا في الركعة لزم المأموم متابعة الإمام فيقعد في موضع قعوده ويقوم في موضع قيامه فإن تمت صلاة الإمام أولا قام المأموم بعد سلامه لتتمة صلاته لانه مسبوق وان تمت صلاة الامام أولا لم يجز له متابعة الإمام في الزيادة بل إن شاء فارقه عند تمامها وتشهد وسلم وتصح صلاته بلا خلاف لأنه فارقه بعذر يتعلق بالصلاة وإن شاء انتظره في التشهد وطول الدعاء حتى يلحقه الإمام ثم يسلم عقبه ولو سها المأموم قبل الاقتداء لم يتحمل عنه الإمام بل إذا سلم الإمام سجد هو لسهوه إن كانت تمت صلاته وإلا سجد عند تمامها وإن سها بعد الاقتداء حمل عنه الإمام وإن سها الإمام قبل الاقتداء أو بعده لحق المأموم سهوه ويسجد معه ويعيده في آخر صلاته على الأظهر كالمسبوق والله أعلم

* (فرع)

ذكر المصنف هنا أن القول القديم صحة صلاة هذا المقتدي كما نص عليه في الجديد." (١)

-٤٧

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤/٢٠٩

"له بالإيمان " رواه الترمذي وقال حديث حسن وقال الحاكم صحيح وبحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " نهيت عن قتال المصلين " رواه أبو داود

* واحتج أصحابنا بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله " رواه البخاري ومسلم: والجواب عن الآية أن مجرد صلاة واحدة ليس عمارة: وعن الحديث الأول أنا لا نعلم أن هذه الصلاة صلاتنا: وعن الثاني أن ظاهره وهو مجرد اعتياد المساجد غير مراد فلابد فيه من إضمار فيحمل على غير الكافر: وعن الثالث أنه حديث ضعيف ولو صح لكان معناه من عرف بالصلاة الصحيحة * قال المصنف رحمه الله

* (وتجوز الصلاة خلف الفاسق لقوله صلى الله عليه وسلم " صلوا خلف من قال لا إله إلا الله وعلى من قال لا إله إلا الله " ولأن ابن عمر رضي الله عنهما صلى خلف الحجاج مع فسقه)

* (الشرح) هذا الحديث ضعيف رواه الدارقطني والبيهقي من رواية ابن عمر بإسناد ضعيف ورواه الدارقطني من طرق كثيرة ثم قال وليس منها شئ يثبت: وأما صلاة بن عمر خلف الحجاج بن يوسف فثابتة في صحيح البخاري وغيره وفى الصحيح أحاديث كثيرة تدل على صحة الصلاة وراء الفساق والأئمة الجائرين: قال أصحابنا الصلاة وراء الفاسق صحيحة ليست محرمة لكنها مكروهة وكذا تكره وراءه المبتدع الذي لا يكفر ببدعته وتصح فإن كفر ببدعته فقد قدمنا أنه لا تصح الصلاة وراءه كسائر الكفار ونص الشافعي في المختصر على كراهة الصلاة خلف الفاسق والمبتدع فإن فعلها صحت وقال مالك لا تصح وراء فاسق بغير تأويل كشارب الخمر والزاني وذهب جمهور العلماء إلى صحتها

* (فرع)

قد ذكرنا أن من يكفر ببدعته لا تصح الصلاة وراءه ومن لا يكفر تصح فممن يكفر من يجسم تجسيما صريحا ومن ينكر العلم بالجزئيات وأما من يقول بخلق القرآن فهو مبتدع **واختلف أصحابنا** في تكفيره فأطلق أبو علي الطبري في الإفصاح والشيخ أبو حامد الاسفرايني." (١)

٤٨-

"زيد ابن الصامت وقيل غير ذلك وحديثه صحيح ولكن لفظ رواية جابر في مسلم وغيره ولفظ ابن عباس وأبي عياش فيها كلها مخالفة لما ذكره المصنف وألفاظها كلها متقاربة وهذا لفظ مسلم عن جابر قال "

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤/٢٥٣

شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف فصففنا صفين خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم والعدو بيننا وبين القبلة فكبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكبرنا جميعا فركع وركعنا جميعا ثم رفع رأسه من الركوع ورفعنا جميعا ثم انحدر بالسجود والصف الذي يليه وقام الصف المؤخر في نحو العدو فلما قضى النبي صلى الله عليه وسلم السجود وقام الصف الذي يليه انحدر الصف المؤخر بالسجود وقاموا ثم تقدم الصف المؤخر وتأخر الصف المقدم ثم ركع النبي صلى الله عليه وسلم وركعنا جميعا ثم رفع رأسه ورفعنا جميعا ثم انحدر بالسجود والصف الذي يليه الذي كان مؤخرا في الركعة الأولى وقام الصف المؤخر في نحر العدو فلما قضى النبي صلى الله عليه وسلم السجود والصف الذي يليه انحدر الصف المؤخر بالسجود فسجدوا ثم سلم النبي صلى الله عليه وسلم وسلمنا جميعا " هذا لفظ مسلم وكل طرق مسلم وغيره متفقة على تأخر الصف المقدم وتقدم المؤخر بعد سجوده في الأولى وأما نص الشافعي فمخالف لما في الحديث ولما في المهذب فإنه قال في مختصر المزني صلى بهم الإمام وركع وسجد بهم جميعا إلا صفا يليه وبعض صف ينتظرون العدو فإذا قاموا بعد السجدتين سجد الصف الذي حرسهم فإذا ركع ركع بهم جميعا وإذا سجد سجد معه الذين حرسوا أولا إلا صفا أو بعض صف يحرسه منهم فإذا سجدوا سجدتين وجلسوا سجد الذين حرسوه ثم يتشهدون ثم سلم بهم جميعا معا وهذا نحو صلاة النبي صلى الله عليه وسلم بعسفان قال ولو تأخر الصف الذي حرس إلى الصف الثاني وتقدم الثاني فحرس فلا بأس هذا نصه في مختصر المزني ونصه في الأم مثله سواء **واختلف أصحابنا** في حكم المسألة فقال القفال ومتابعوه من الخراسانيين يصلي كما قال الشافعي وقال الشيخ أبو حامد والمحاملي والبندنيجي وابن الصباغ والشيخ نصر وآخرون هو الصواب قالوا وهو مذهب الشافعي لأنه أوصى إذا صح الحديث أنه يعمل به وهو مذهبه وأنه يترك نصه المخالف له قالوا ولعل الشافعي لم يبلغه الخبر." (١)

٤٩-

"في الركعة الأولى بطلت الجمعة وإن انفضوا بعدها لم تبطل الجمعة بل يتمها الإمام وحده وكذا من معه إن بقي معه أحد هذا حكم الانفضاض في نفس صلاة الجمعة

* واعلم أن الأربعين شرط لصحة الخطبتين فيشترط سماعهم الآن كما سنوضحه إن شاء الله تعالى فلو حضر العدد ثم انفضوا قبل افتتاح الخطبة لم يجز افتتاحها حتى يجتمع لها أربعون كاملون وإن انفضوا في أثناء الخطبة لم يعتد بالركن المفعول في غيبتهم بلا خلاف بخلاف الانفضاض في الصلاة فإن فيه الأقوال الخمسة وفرق

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٢١/٤

الأصحاب بأن كل واحد يصلي لنفسه فسومح بنقص العدد على قول والخطيب لا يخطب لنفسه إنما الغرض إسماعهم فما جرى ولا مستمع لم يحصل فيه الغرض فلم تصح ثم إن عادوا قبل طول الفصل بنى على خطبته وإن عادوا بعده فقولان مشهوران في كتب الخراسانيين قال ويعبر عنهما بأن

الموالاة في الخطبة واجبة أم لا الأصح أنها واجبة فيجب الاستئناف

(والثاني)

غير واجبة فيبني وبنى جماعة منهم القولين على أن الخطبتين بدل من الركعتين فيجب الاستئناف أم لا فلا يجب قالوا ولا فرق بين فوات الموالات لعذر وغيره فيما ذكرناه ولو لم يعد الأولون وجاء غيرهم وجب استئناف الخطبتين قصر الفصل أم طال بلا خلاف أما إذا انفضوا بعد فراغ الخطبة فإن عادوا قبل طول الفصل صلى الجمعة بتلك الخطبة بلا خلاف وقد ذكره المصنف بعد هذا بقليل وإن عادوا بعد طول الفصل ففيه خلاف مبني على اشتراط الموالاة بين الخطبة والصلاة وفيه قولان مشهوران (أصحهما) وهو الجديد أصحهما الاشتراط فعلى هذا لا تجوز صلاة الجمعة بتلك الخطبة (والثاني) لا يشترط فعلى هذا يصلي بها وهل تجب إعادة الخطبة وصلاة الجمعة أم لا قال المزني في المختصر قال الشافعي أحببت أن يبتدئ الخطبة ثم يصلي الجمعة فإن لم يفعل صلى بهم الظهر **واختلف أصحابنا** في معنى كلامه هذا على ثلاثة أوجه حكاها المصنف بعد هذا والأصحاب وهي مشهورة (أصحها) وبه قال ابن سريج والقفال وأكثر أصحابنا تجب إعادة الخطبة ثم يصلي بهم الجمعة لتمكنه من ذلك قالوا ولفظ الشافعي إنما هو أوجبت ولكنه صحف ومنهم من تأوله وقال اراد باحببت أو جبت قالوا وقوله صلى بهم الظهر محمول على ما إذا ضاق الوقت (والوجه الثاني) وبه قال أبو إسحق المروزي لا تجب إعادة الخطبة لكن تستحب وتجب صلاة الجمعة أما وجوب الجمعة فلقدرته عليها وإنما لم تجب الخطبة لأنه لا يؤمن انفضاضهم ثانيا فصار ذلك عذرا في سقوطها (والثالث) وبه قال أبو علي الطبري في الإفصاح لا تجب إعادة الخطبة." (١)

-٥٠

"(فرع)

في مذاهبهم في صلاة الجمعة إذا خرج وقت الظهر وهم فيها

* قد ذكرنا أن مذهبنا أنها تفوت الجمعة ويتمونها ظهرا

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤/٥٠٧

* وقال أبو حنيفة تبطل ويستأنفون الظهر وقال عطاء يتمها جمعة وقال أحمد إن كان صلى منها ركعة أتمها جمعة وإن كان أقل يتمها ظهرا

*

* قال المصنف رحمه الله

* (ولا تصح الجمعة حتى يتقدمها خطبتان لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " صلوا كما رأيتموني أصلي " ولم يصل الجمعة إلا بخطبتين وروى ابن عمر قال "كان رسول الله صلى الله عليه

وسلم يخطب يوم الجمعة خطبتين يجلس بينهما " ولان السلف قالوا إنما قصرت الجمعة لاجل الخطبة فإذا لم يخطب رجع إلى الاصل ومن شرط الخطبة العدد الذى تنعقد به الجمعة لقوله تعالى (إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلي ذكر الله) والذكر الذى يفعل بعد النداء هو الخطبة ولانه ذكر شرط في صحة الجمعة فشرط فيه العدد كتكبيرة الاحرام فان خطب بالعدد ثم انفصوا وعادوا قبل الاحرام فان لم يطل القصل صلى الجمعة لانه ليس بأكثر من الصلاتين المجموعتين ثم الفصل اليسير لا يمنع الجمع فكذلك لا يمنع الجمع بين الخطبة والصلاة وإن طال الفصل قال الشافعي رحمه الله أحببت ان يبتدئ الخطبة ثم يصلى بعدها الجمعة فان لم يفعل صلى الظهر واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس تجب إعادة الخطبة ثم يصلى الجمعة لان الخطبة مع الصلاة كالصلاتين المجموعتين فكما لا يجوز الفصل الطويل بين الصلاتين لم يجز بين الخطبة والصلاة وما نقله المزني لا يعرف وقال أبو إسحق يستحب أن يعيد الخطبة لانه لا يأمن أن يفضوا مرة أخرى فجعل ذلك عذرا في جواز البناء وأما الصلاة فانها واجبة لانه يقدر علي فعلها فان صلى بهم الظهر جاز بناء على أصله إذا اجتمع أهل بلد على ترك الجمعة ثم صلوا الظهر أجزأهم وقال بعض أصحابنا يستحب إعادة الخطبة والصلاة على ظاهر النص لانهم انفضوا عنه مرة فلا يأمن أن ينفضوا عنه ثانيا فصار ذلك عذرا في ترك الجمعة)

* (الشرح) حديث " صلوا كما رأيتموني أصلي " رواه البخاري من رواية مالك بن الحويرث وسبق في صفة الصلاة وحديث ابن عمر رواه البخاري ومسلم (وقوله) ولأنه ذكر احتراز من ستر العورة وغيره من الشروط فإنه لا يشترط له العدد وقوله شرط في صحة الجمعة احتراز من الأذان

* أما الأحكام فمسألة الانفضاض إلى آخرها فسبق شرحها وبيان الاختلاف فيها في مسألة الانفضاض في

الصلاة واتفقت نصوص الشافعي وطرق الأصحاب على أن الجمعة لا تصح حتى يتقدمها خطبتان ومن شرطها العدد وفرقوا بين الجمعة والعيد حيث كانت خطبة الجمعة قبلها والعيد بعده لأن خطبة." (١)

-٥١

"السلطان أو نائبه ولأن تجويزها بغير إذنه يؤدي إلى فتنة

* واحتج أصحابنا بقصة عثمان وعلي المذكورة في الكتاب وهي صحيحة كما سبق وكان ذلك بحضرة جمهور الصحابة ولم ينكره أحد والعيد والجمعة سواء في هذا المعنى وبالقياس على الإمامة في سائر الصلوات (والجواب) عن احتجاجهم بما أجاب به الشيخ أبو حامد والماوردي والأصحاب بأن الفعل إذا خرج للبيان اعتبر فيه صفة الفعل لا صفات الفاعل ولهذا لا تشترط النبوة في إمام الجمعة وكون الناس في الأعصار يقيمون الجمعة بإذن السلطان لا يلزم منه بطلانها إذا أقيمت بغير إذنه (وقولهم) يؤدي إلى فتنة لا نسلمه لان الاقتئات المؤدي إلى فتنة إنما يكون في الأمور العظام وليست الجمعة مما تؤدي إلى فتنة

* (فرع)

قال الشافعي في الأم ومختصر المزني تصح الجمعة خلف كل إمام صلاها من أمير ومأمور ومتغلب وغير أمير قال الشيخ أبو حامد والماوردي والأصحاب أراد بالأمير السلطان وبالمأمور نائبه وبالمتغلب الخارجي وبغير الأمير آحاد الرعية فتصح الجمعة خلف جميعهم ثم قال الشافعي بعد هذا صلى علي وعثمان محصور فاعترض عليه بعض الحاسدين وقال مقتضى كلامه أن عليا متغلب قال الشيخ أبو حامد والأصحاب كذب هذا المعترض وجهل لأن الشافعي إنما مثل بذلك ليستدل لصحة الجمعة خلف غير الأمير والمأمور ومراده أن عليا لم يكن أميرا في حياة عثمان والله أعلم

*

* قال المصنف رحمه الله

* (قال الشافعي رحمه الله ولا يجمع في مصر وان عظم وكثرت مساجده الا في مسجد واحد والدليل عليه أنه لم يقمها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا الخلفاء من بعده في اكثر من موضع **واختلف أصحابنا**." (٢)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٥١٣/٤

(٢) المجموع شرح المهذب ٥٨٤/٤

-٥٢

"في بغداد فقال أبو العباس يجوز في مواضع لانه بلد عظيم ويشق الاجتماع في موضع واحد وقال أبو الطيب ابن سلمة يجوز في كل جانب جمعة لانه كالبلدين ولا يجوز اكثر من ذلك وقال بعضهم كانت قرى متفرقة في كل موضع منها جمعة ثم اتصلت العمارة فبقيت على حكم الاصل)

* (الشرح) قوله يجمع هو - بضم الياء وتشديد الميم - وفى بغداد أربع لغات بدالين مهملين وبمهملة ثم معجمة وبغدان ومغدان ويقال لها مدينة السلام وسبق في بيانها زيادة في مسألة القلتين وهذا النص ذكره الشافعي في الأم وفي مختصر المزني قال الشافعي والأصحاب فشرط الجمعة أن لا يسبقها في ذلك البلد جمعة أخرى ولا يقارنها قال أصحابنا وقد دخل الشافعي بغداد وهم يقيمون الجمعة في موضعين وقيل في ثلاثة فلم ينكر ذلك **واختلف أصحابنا** في الجواب عن ذلك وفي حكم بغداد في الجمعة على أربعة أوجه ذكر المصنف الثلاثة الأولى منها هنا وكلامه في التنبيه يقتضي الجزم بالرابع (أحدها) أن الزيادة على جمعة في بغداد جائزة وإنما جازت لأنه بلد كبير يشق اجتماعهم في موضع منه قال أصحابنا فعلى هذا تجوز الزيادة على جمعة في جميع البلاد التي تكثر الناس فيها ويعسر اجتماعهم في موضع وهذا الوجه هو الصحيح وبه قال أبو العباس بن سريج وأبو إسحق المروزي قال الرافعي واختاره أكثر أصحابنا تصريحا وتعريضا وممن رجحه ابن كج والحناطي بالحاء المهملة والقاضي." (١)

-٥٣

"في غسل الميت فقد نص الشافعي عليه والأصحاب وثبت فيه الحديث الصحيح قال القاضي أبو الطيب في كتابه المجرد (فإن قيل) هلا قلتم إن الكافور إذا غير الماء سلب طهوريته (قلنا) قال الشافعي تغيير الكافور تغيير مجاورة لا مخالطة ولم يزد القاضي في الجواب على هذا وحاصله أنه تفريع علي الصحيح وأحسن من ذكر السوال كلاما فيه السرخسي فقال في الأمالي **اختلف أصحابنا** في الجواب فمنهم من قال لا يحسب إذا تغير بالكافور و تأول الحديث وكلام الشافعي على كافور يسير لا يفحش تغيره ومنهم من حمله على ما إذا جعل الكافور في البدن ثم صب الماء القراح عليه ومنهم من قال هو على إطلاقه في كافور يطرح في الماء ويغيره تغييرا كثيرا ولكن لا يحسب ذلك على الغسلة الواجبة ومنهم من قال هو على إطلاقه كما ذكرنا ويحسب ذلك عن الفرض في غسل الميت خاصة لأن مقصوده التنظيف هذا كلام السرخسي وهذا الذي ذكرناه أولا

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤/٥٨٥

من استحباب الكافور في كل غسلة هو المعروف في المذهب وقد صرح به القاضي أبو الطيب في المجرد والبغوي والرافعي وخلائق من الأصحاب ونص عليه الشافعي في الأم والمختصر قال في المختضر ويجعل في كل ماء قراح كافورا وإن لم يجعل إلا في الآخرة أجزأ ذلك هذا لفظه في مختصر المزني وقال في الأم في باب عدة غسل الميت أقل ما يجزئ من غسل الميت الإنقاء كما يكون ذلك أقل ما يجزئ في غسل الجنابة قال وأقل ما أحب أن يغسل ثلاثا فان لم ينق فخمس فان لم ينق فسبع قال ولا يغسله بشئ من الماء إلا ألقى فيه كافورا للسنة فإن لم يفعل كرهته ورجوت أن يجزئه قال ولست أعرف أن يلقى في الماء ورق سدر ولا طيب غير كافور ولا غيره ولكن يترك الماء على وجهه ويلقى فيه الكافور هذا نصه بحروفه وهو جميع الباب المذكور (وأما) قول المصنف ويجعل في الغسلة الأخيرة شيئا من الكافور وتخصيصه بالأخيرة فغريب في المذهب وإن كان موافقا لظاهر الحديث وأغرب منه ما ذكره الجرجاني في التحرير قال يستحب غسله ثلاثا وأن يكون في الاولى شئ من سدر وفى الثانية شئ من كافور والثالثة بالماء القراح وهذا الذي قاله غلط منابذ للحديث الصحيح ولنصوص الشافعي والأصحاب

قال المصنف والأصحاب والواجب مما ذكرناه غسل مرة واحدة وكذا النية إن أو جبناها ولا يحسب الغسل حتى يطهر من نجاسة إن كانت هناك وقد سبق بيان هذا في غسل الجنابة والله أعلم

* (فرع)

قال الشافعي والمصنف والأصحاب يستحب أن يتعاهد في كل مرة إمرار يده على بطنه ومسحه بأرفق مما قبلها هذا هو الصحيح المشهور الذي نص عليه الشافعي وقطع به الجمهور ونقل صاحب الحاوي فيه وجهين

(أحدهما) هذا

(والثاني)

وهو الأصح عنده أنه لا يمر يده على البطن إلا في ابتداء الغسل وتأول نص الشافعي بأن المراد تعاهده هل خرج منه شئ أم لا وهذا ضعيف مخالف للنص ولا يصح هذا التأويل

*." (١)

-٥٤

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٧٥/٥

"السجود وهي الجبهة والأنف وبطن الكفين والركبتان والقدمان هكذا قال المصنف والجمهور ونص عليه الشافعي في المختصر وفيه وجه حكاه (١) والرافعي أنه يجعل الحنوط والكافور على نفس هذه المساجد بلا قطن وهو ضعيف غريب قال المصنف وغيره قال الشافعي في المختصر واستحب أن يطيب جميع بدنه بالكافور لانه يقويه ويشده قال الشافعي في المختصر والمصنف والأصحاب ويستحب أن يحنط رأسه ولحيته بالكافور كما يفعل الحي إذا تطيب قال الشافعي في البويطي ونقله المصنف والأصحاب ولو حنط بالمسك فلا بأس لحديث أبي سعيد السابق وروى البيهقي بإسناد حسن عن علي رضي الله عنه أنه كان عنده مسك فأوصى أن يحنط وقال هو من فضل حنوط رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى في ذلك عن ابن عمر وأنس رضي الله عنهم قال المصنف وهل يجب الحنوط والكافور أم لافيه قولان وقيل وجهان (أحدهما) يجب لجريان العادة به فوجب كالكفن (والثاني) يستحب ولا يجب كما لا يجب الطيب للمفلس وإن وجبت كسوته (وقوله) قولان وقيل وجهان هذا من ورعه وإتقانه واعتنائه فلم يجزم بقولين ولا وجهين وسبب تردد المصنف رحمه الله في ذلك أن المحاملي قال في المجموع ظاهر ما ذكره الشافعي في الأم والمختصر أنه واجب وقال في موضع آخر أنه مستحب فالمسألة على قولين قال أصحابنا يحكون فيها وجهين وقال البندنيجي قال الشافعي في الأم والقديم كفن الميت وحنوطه ومؤنة تجهيزه من رأس ماله ليس لغرمائه ولا لورثته منع ذلك ثم قال الشافعي بعد هذا بسطرين ولو لم يكن حنوط ولا كافور رجوت ان يجزئ قال البندنيجي رحمة الله عليه **واختلف أصحابنا** في الطيب والحنوط على وجهين قال والظاهر أنهما قولان هذا كلامه والأصح أنه لا يجب صححه الغزالي وغيره قال امام الحرمين رحمه الله ويجب القطع

---

(١) بياض بالاصل فليحرر." (١)

-٥٥

"رسول الله صلى الله عليه وسلم ووقع في المهذب التى أمر الله تعالي بها رسوله صلى الله عليه وسلم وليست لفظة بها في البخاري ووقع في المهذب فمن سألها على وجهها فليعطها ومن سأل فوقها فلا يعطه - بفتح الطاء - فيهما والذي في صحيح البخاري وغيره من كتب الحديث المعتمدة فمن سئلها على وجهها فليعطها ومن سئل - بضم السين - في الموضعين على ما لم يسم فاعله وبكسر الطاء (قوله) فمن

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٠٢/٥

سئلها علي وجهها أي علي حسب ما شرعت له (قوله) صلى الله عليه وسلم " ومن سئل فوقها فلا يعطه " **اختلف أصحابنا** في الضمير في لا يعطه على وجهين مشهورين في كتب المذاهب (أصحهما) عند أصحابنا أن معناه لا يعطى الزائد بل يعطى أصل الواجب على وجهه كذا صححه أصحابنا في كتبهم ونقل الرافعي الا تفاق على تصحيحه (والوجه الثاني) معناه لا يعطى فرض الزكاة ولا شئ منه لهذا الساعي بل يخرج الواجب بنفسه أو يدفعه إلى ساع آخر قالوا لأنه بطلبه الزائد على الواجب يكون معتديا فاسقا وشرط الساعي أن يكون أمينا: وهذا إذا طلب الزائد بغير تأويل كمن طلب شاتين عن شاة فأما من طلب زيادة بتأويل بأن كان مالكيا يرى أخذ الكبيرة عن الصغار فإنه الواجب بلا خلاف ولا يعطى الزائد لان لا يفسق ولا يعصي والحالة هذه قال صاحب الحاوي وغيره وإذا قلنا بالوجه الثاني أنه لا يعطى فلا يجوز أن يعطى فجعلوه حراما وهو مقتضى النهي ومقتضى قولهم أنه فسق بطلب الزيادة فانعزل فلا يجوز الدفع إليه كسائر الأجانب (وقوله) صلى الله عليه وسلم " في أربع وعشرين من الإبل فما دونها الغنم " هذه جملة من مبتدأ وخبر فالغنم مبتدأ وفي أربع وعشرين خبر مقدم قال بعض العلماء: الحكمة هنا في تقديم الخبر أن المقصود بيان النصب والزكاة إنما تجب بعد وجود النصاب فكان تقديمه أحسن ثم ذكر الواجب وكذا استعمل هذا المعنى في كل النصب فقال صلى الله عليه وسلم " فيها بنت مخاض فيها بنت لبون فيها حقة " إلى آخره وقوله صلى الله عليه." (١)

-٥٦

"فيه وجهان حكاهما (١) والرافعي وغيرهم (الصحيح) الوسط لئلا يجحف برب المال.

قال الشافعي رضي الله عنه في المختصر: ويأخذ خير المعيب قال جمهور الأصحاب: ليس هذا على ظاهره بل هو مؤول ومراد الشافعي رضي الله عنه أن يأخذ من وسطه لا أعلاه ولا أدناه ونقل الرافعي رحمه الله تعالى اتفاق الأصحاب على هذا التأويل وأن ظاهر النص غير مراد وكذا قال السرخسي في الأمالي: لا يختلف أصحابنا في أنه لا يؤخذ إلا الوسط ولكن فيما يعتبر فيه الوسط وجهان (المذهب) أنه يعتبر فيه العيب فلا يؤخذ أقلها عيبا ولا أكثرها عيبا ولكن يؤخذ الوسط في العيب

(والثاني)

تعتبر القيمة فلا يؤخذ أقلها قيمة ولا أكثرها قيمة بل أوسطها.

وحمل الأصحاب كلام الشافعي على أنه إنما أراد فريضة مائتين من الإبل إذا كانت معيبة فيؤخذ الجنس الذي

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٨٨/٥

هو خير من الحقاق أو بنات اللبون ولكن من أوسطها عيبا.

هذا كلام السرخسي.

وقال صاحب الحاوي: **اختلف أصحابنا** في مراد الشافعي فمنهم من أجرى كلامه على ظاهره وأوجب أخذ خير المعيب من جميع ماله قال وهذا غلط لأنه لا يطرد على أصل الشافعي قال ومنهم من قال أراد بذلك أخذ خير الفرضين من الحقاق وبنات اللبون ولم يرد خير جميع المال قال وهو الصحيح وبه قال أبو علي بن خيران وقيل أراد بخير المعيب أوسطه وعلى هذا في اعتبار الأوسط وجهان

(أحدهما)

أوسطها عيبا (مثاله) أن يكون ببعضها عيب واحد وببعضها عيبان وببعضها ثلاثة عيوب فيأخذ ما به عيبان

(والثاني)

أوسطها في القيمة (مثاله) أن يكون قيمة بعضها معيبا خمسين وقيمة بعضها معيبا مائة وقيمة بعضها معيبا مائة وخمسين فيأخذ منها ما قيمة مائة قال فحصل للأصحاب في المسألة أربعة أوجه (أصحها) ما قاله ابن خيران أنه يأخذ خير الفرضين لاغير وقد نص عليه الشافعي رضي الله عنه في الأم فقال يأخذ خير المعيب من السن التي وجبت عليه (والثاني) وهو أشدها غلطا يأخذ خير المال كله

(والثالث) يأخذ أوسطها عيبا (والرابع) أوسطها قيمة هذا كلام صاحب الحاوي وفيه إثبات خلاف بخلاف ما نقله الرافعي والله تعالى أعلم (النقص الثالث) الذكورة فإذا تمحضت الإبل إناثا أو انقسمت ذكورا واناثا لم يجز عنها الذكر إلا في خمس وعشرين فإنه يجزئ فيها ابن لبون عند فقد بنت مخاض وهذا الذى ذكرنا من تعيين (٢) متفق عليه في الخمس والعشرين وإن تمحضت ذكورا فثلاثة أوجه (أصحها) وهو المنصوص جوازه وهو قول أبي اسحق وأبي الطيب بن سلمة كالمريضة من المراض وعلي هذا يؤخذ في ست وثلاثين ابن لبون أكثر قيمة من ابن لبون يؤخذ من خمس وعشرين (والثاني) المنع هكذا صححه الجمهور ونقله المصنف والأصحاب عن نصه في الأم وعن ابى على ابن خيران رحمه الله فعلى هذا تتعين الأنثى ولكن لا يؤخذ شئ كان يؤخذ لو تمحضت

---

(١) (٢) الانثى بالاصل فليحرر." (١)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٢١/٥

-٥٧

"ولا يجوز الافتصار على رؤية البعض وقياس الباقي به لأنها تتفاوت وانما يخرص رطبا ثم يقدر تمرا لأن الأرطاب تتفاوت فإن اختلف نوع الثمر وجب خرص شجرة شجرة وإن اتحد جاز كذلك وهو الأحوط وجاز أن يطوف بالجميع ثم يخرص الجميع دفعة واحدة رطبا ثم يقدر تمرا هذا الذي ذكرناه هو الصحيح المشهور في المذهب وقال صاحب الحاوي **اختلف أصحابنا** في قول الشافعي يطيف بكل نخلة فقيل هو شرط لا يصح الخرص إلا به لأنه اجتهاد فوجب بذل المجهود فيه وقيل هو مستحب واحتياط وليس بشرط لأن فيه مشقة (والثالث) قال وهو الأصح إن كانت الثمار على السعف ظاهرة كعادة العراق فمستحب وإن استترت به كعادة الحجاز فشرط (المسألة الثانية) المذهب الصحيح المشهور الذى قطع به المصنف والا كثرون أنه يخرص جميع النخل والعنب وفيه قول للشافعي أنه يترك للمالك نخلة أو نخلات يأكلها أهله ويختلف ذلك باختلاف حال الرجل في قلة عياله وكثرتهم وهذا القول نص عليه في القديم وفي البويطي ونقله البيهقي عن نصه في البويطي والبيوع والقديم.

وحكاه صاحب التقريب والماوردي وإمام الحرمين وآخرون لكن في حكاية الماوردي أنه يترك الربع أو الثلث ويحتج له بحديث عبد الرحمن بن مسعود بن بيان عن سهل بن حثمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول " إذا خرصتم فخذوا ودعوا الثلث فإن لم

تدعوا الثلث فدعوا الربع " رواه أبو داود والترمذي والنسائي وإسناده صحيح إلا عبد الرحمن فلم يتكلموا فيه بجرح ولا تعديل ولا هو مشهور ولم يضعفه أبو داود والله تعالى أعلم (الثالثة) هل يكتفى خارص واحد أم يشترط اثنان فيه طريقان

(أحدهما)

القطع بخارص كما يجوز." (١)

-٥٨

"(الشرح) هذا الحديث رواه البخاري ومسلم من رواية عمر ابن الخطاب رضي الله عنه وسبق بيانه في أول باب نية الوضوء وسبق هناك بيان الاحتراز بقوله عبادة محضة وإنما قاس على الصلاة للرد على الأوزاعي فإنه قال لا تفتقر الزكاة إلى نية ووافق على افتقار الصلاة إلى النية وهذا القياس الذي ذكره المصنف ينتقض

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٧٩/٥

بالعتق والوقف والوصية (وقوله) وفي وقت النية وجهان

(أحدهما)

يجب أن ينوي في حال الدفع لانها عبادة يدخل فيهما بفعله فوجبت النية في ابتدائها كالصلاة فقوله بفعله احتراز من الصوم وفي الفصل مسائل (إحداها) لا يصح أداء الزكاة إلا بالنية في الجملة وهذا لا خلاف فيه عندنا وإنما الخلاف في صفة النية وتفريعها وبوجوبها قال مالك وأبو حنيفة والثوري وأحمد وأبو ثور وداود وجماهير العلماء وشذ عنهم الأوزاعي فقال لا تجب ويصح أداؤها بلا نية كأداء الديون ودليلنا ما ذكره المصنف وتخالف الدين فإن الزكاة عبادة محضة كالصلاة وأجاب القاضي أبو الطيب في تعليقه بأن حقوق الآدمي لما لم يفتقر المتعلق منها بالبدن كالقصاص وحد القذف إلى نية لم يفتقر المتعلق بالمال وحقوق الله تعالى المتعلقة بالبدن إلى النية فكذا المتعلقة بالمال وأجاب صاحب الشامل والتتمة بأن الدين ليس عبادة وإن كان فيه حق لله تعالي وبهذا يسقط بإسقاط صاحبه فالمغلب فيه حقه قال أصحابنا فإن نوى بقلبه دون لفظ لسانه أجزأه بلا خلاف وإن لفظ بلسانه ولم ينو بقلبه ففيه طريقان

(أحدهما)

لا يجزئه وجها واحدا وبه قطع العراقيون والسرخسي وغيره من الخراسانيين (والطريق الثاني) فيه وجهان

(أحدهما)

يكفيه اللفظ باللسان دون نية القلب (والثاني) لا يكفيه ويتعين القلب وهذا الطريق مشهور في كتب الخراسانيين ذكره الصيدلاني والفوراني وإمام الحرمين والغزالي والبغوي وآخرون قال الرافعي وهو الأشهر قال ومنهم من حكى هذا الخلاف قولين واتفق القائلون بهذا الطريق على أن الاصح اشتراط نية القلب وممن قال بالاكتفا باللسان القفال ونقله الصيدلاني وإمام الحرمين والغزالي قولا للشافعي وأشار القاضي أبو الطيب في كتابه المجرد إلى هذا فقال قال الشافعي في الأم سواء نوى في نفسه أو تكلم فإنما أعطى فرض مال فأقام اللسان مقام النية كما أقام أخذ الإمام مقام النية قال وبينه في الأم فقال إنما منعني أن أجعل النية في الزكاة كنية الصلاة افتراق الصلاة والزكاة في بعض حالهما ألا ترى أنه يجوز دفع الزكاة قبل وقتها ويجزئ أن يأخذها الوالي بغير طيب نفسه فتجزئ عنه وهذا لا يوجد في الصلاة هذا آخر كلام القاضي أبي الطيب وقال إمام الحرمين

المنصوص للشافعي أن النية لابد منها قال وقال الشافعي في موضع آخر إن قال بلسانه هذا زكاة مالي أجزأه قال **واختلف أصحابنا** في هذا النص فقال صاحب التقريب فيما حكاه عنه." (١)

-٥٩

"ولا يجوز ترك صنف منهم مع وجوده فان تركه ضمن نصيبه وهذا لا خلاف فيه إلا ما سيأتي إن شاء الله تعالى في المؤلفة من الخلاف وبمذهبنا في استيعاب الأصناف قال عكرمة وعمر بن عبد العزيز والزهري وداود وقال الحسن البصري وعطاء وسعيد ابن جبير والضحاك والشعبي والثوري ومالك وأبو حنيفة وأحمد وأبو عبيد له صرفها إلى صنف واحد قال ابن المنذر وغيره وروي هذا عن حذيفة وابن عباس

* قال أبو حنيفة وله صرفها إلى شخص واحد من أحد الأصناف

* قال مالك ويصرفها إلى أمسهم حاجة.

وقال إبراهيم النخعي إن كانت قليلة جاز صرفها إلى صنف وإلا وجب استيعاب الأصناف وحمل أبو حنيفة وموافقوه الآية الكريمة على التخيير في هذه الأصناف قالوا ومعناها لا يجوز صرفها إلى غير هذه الأصناف وهو فيهم مخير

* واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف وقد أجمعوا على أنه لو قال هذه الدنانير لزيد وعمر وبكر قسمت بينهم فكذا هنا (وأما) خمس الركاز فالمشهور وجوب صرفه في مصرف باقي الزكوات وقال المزني وأبو حفص يصرف مصرف خمس الفيء والغنيمة وبه قال أبو حنيفة وسبق بيانه في باب زكاة المعدن (وأما) زكاة الفطر فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه وجوب صرفها إلى الأصناف كلهم كباقي الزكوات وقال الإصطخري يجوز صرفها إلى ثلاثة من الفقراء ودليلهما في الكتاب **واختلف أصحابنا** في تحقيق مذهب الإصطخري فقال المصنف تصرف إلى ثلاثة من الفقراء واتفق أصحابنا على أن الإصطخري يجوز صرفها إلى ثلاثة من الفقراء أو من المساكين واختلفوا في جواز الصرف عنده إلى ثلاثة من صنف غير الفقراء والمساكين فحكى عنه الجمهور جواز صرفها إلى ثلاثة من أي صنف كان ممن صرح بهذا عنه الماوردي والقاضي أبو الطيب والسرخسي وصاحب البيان وآخرون وقال المحاملي في كتابيه المجموع والتجريد والمتولي بصرفها عنده الي ثلاثة من الفقراء دون غيرهم وصرح المتولي بأنه لا يسقط الفرض عنده بالدفع إلى ثلاثة من غير الفقراء والمساكين قال السرخسي جوز الإصطخري صرفها إلى ثلاثة أنفس من صنف أو من أصناف مختلفة قال وشرط الإصطخري في الاقتصار

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٨٠/٦

على ثلاثة أن يفرقها المزكي بنفسه قال فإن دفعها إلى الإمام

أو الساعي لزم الإمام والساعي تعميم الأصناف لانها تكثير في يده فلا يتعذر التعميم وشرط مالك صرفها إلى ثلاثة من الفقراء خاصة هذا كلام السرخسي واختار الروياني في الحلية قول الإصطخري وحكى عن جماعة من أصحابنا اختياره قال الرافعي ورأيت بخطه الفقيه أبي بكر بن بدران أنه سمع." (١)

-٦٠

"(صنف) لهم شرف في قومهم يطلب يتألفهم إسلام نظرائهم (وصنف) أسلموا ونيتهم في الإسلام ضعيفة فيتألفون لتقوى نيتهم ويثبتوا وكان النبي صلى الله عليه وسلم يعطي هذين وهل يعطون بعده فيه قولان مشهوران ذكر المصنف دليلهما (فإن قلنا) يعطون فمن أين يعطون ذكر فيه قولين فحاصله ثلاثة أقوال (أصحها) عند المحققين يعطون من الزكاة من سهم المؤلفة للآية

(والثاني)

يعطون من المصالح (والثالث) لا يعطون وصححه الشيخ أبو حامد والجرجاني وقطع به سليم الرازي في الكفاية (والصنف الثالث) قوم يليهم قوم من الكفار إن أعطوا قاتلوهم ويراد بإعطائهم تألفهم على قتالهم (والرابع) قوم يليهم قوم عليهم زكوات ويمنعونها فإن أعطي هؤلاء قاتلوهم وقهروهم على أخذها منهم وحملوها إلى الإمام وإن لم يعطوا لم يأخذوا منهم الزكوات واحتاج الإمام إلى مؤنة ثقيلة لتجهيز من يأخذها وهذان الصنفان يعطيان بلا خلاف لكن من أين يعطون فيه الأقوال الأربعة التي ذكرها المصنف بدلائلها وجعل الغزالي وطائفة هذه الأقوال أوجها والصواب أنها أقوال (أحدها) من سهم المؤلفة (والثاني) من المصالح (والثالث) من سهم الغزاة (والرابع) قال الشافعي رضي الله عنه يعطون من سهم المؤلفة وسهم الغزاة **واختلف أصحابنا** في المراد بهذا القول الرابع على أربعة أوجه (أحدها) أن هذا تفريع على أن من جمع سببين من أسباب الزكاة يعطى بهما (فأما) إن قلنا بالأصح إنه لا يعطى إلا بأحدهما فلا يعطى هؤلاء إلا من أحد السهمين

(والثاني)

أنهم

يعطون من السهمين جميعا سواء أعطينا غيرهم بسببين أم لا للمصلحة في هؤلاء (والثالث) إن كان التألف لقتال الكفار فمن سهم الغزاة وإن كان لأجل الزكوات وقتال مانعيها فمن سهم المؤلفة (والرابع) يتخير الإمام

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٨٦/٦

إن شاء أعطاهم من ذا السهم وإن شاء اعطاهم من ذلك وحكى الرافعي وجها أن المؤلف لقتال مانعي الزكاة وجمعها يعطى من سهم العاملين قال الرافعي أرسل أكثر الأصحاب هذا الخلاف ولم يتعرضوا للأصح منه وقال الشيخ أبو حامد وطائفة الأظهر من القولين في الصنفين الأولين أنهم لا يعطون وقياس هذا أن لا يعطى الصنفان الآخران من الزكاة لأن الأولين أحق باسم المؤلفة من الآخرين لأن في الآخرين معنى الغزاة والعاملين وعلى هذا يسقط سهم المؤلفة من الزكاة وقد صار إليه الروياني وجماعة من المتأخرين ولكن الموافق لظاهر الآية ثم لسياق الشافعي والأصحاب إثبات سهم المؤلفة وانه يستحقه الصنفان الاولان وانه يجوز صرفه إلى الآخرين أيضا وبه أفتى الماوردي في كتابه الأحكام السلطانية هذا آخر كلام الرافعي وهذا الذي صححه." (١)

-٦١

"بالاستدامة ونص فيمن قال لزوجته إن وطئتك فأنت طالق ثلاثا فوطئها واستدام أنه لا يلزمه مهر بالاستدامة قالوا واختلف أصحابنا فيهما فمنهم من نقل وخرج فجعل في المسألتين قولين (أحدهما) تجب الكفارة والمهر كما لو نزع ثم أولج (والثاني) لا يجب واحد منهما لأن أول الفعل كان مباحا وقال الجمهور وهو الصحيح المسألتان على ما نص عليه فتجب الكفارة دون المهر والفرق أن ابتداء الفعل هنا لم يتعلق به كفارة فوجبت الكفارة باستدامته لئلا يخلوا جماع في نهار رمضان عمدا عن كفارة وأما المهر فلا يجب لان أول الوطئ تعلق به المهر لأن مهر النكاح يقابل جميع الوطئات فلم يجب باستدامته مهر آخر لئلا يؤدي إلى إيجاب مهرين لشخص واحد بوطأة واحدة وهذا لا يجوز وقولنا لشخص واحد احتراز ممن وطئ زوجة أبيه أو ابنه بشبهة فإنه ينفسخ نكاح زوجها ويلزم الواطئ مهران بالوطئة الواحدة مهر للزوجة لأنه استوفى منفعة بضعها بشبهة ومهر للزوج لأنه أفسد عليه نكاحه والله أعلم

* {فرع} لو أحرم بالحج مجامعا ففيه ثلاث أوجه سأوضحها في كتاب الحج إن شاء الله تعالى

(أصحها) لا ينعقد حجه كما لا ينعقد صومه ولا صلاة من أحرم بها مع خروج الحدث

(والثاني)

ينعقد حجه صحيحا فإن نزع في الحال صح حجه ولا شئ عليه وإلا فسد وعليه المضي في فاسده والقضاء والبدنة (والثالث) ينعقد فاسدا وعليه القضاء والمضي فيه سواء مكث أو نزع في الحال ولا تجب الفدية إن نزع في الحال فإن مكث وجبت شاة في الأصح وفي قول بدنة كما في نظائره والفرق بين الحج والصوم أن الصوم

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٩٩/٦

يخرج منه بالإفساد فلا يصح دخوله فيه مع وجود المفسد بخلاف الحج وقد سبق في أوائل هذا الباب بيان معنى قولهم يخرج من الصوم بالإفساد ولا يخرج من الحج بالإفساد (المسألة الثانية) لو جامع ظانا أن الفجر لم يطلع أو أن الشمس غربت فبان غلطه فلا كفارة هكذا قطع به المصنف والأصحاب إلا إمام الحرمين فإنه قال من أوجب الكفارة على الناسي بالجماع يقول بمثله هنا لتقصيره في البحث قال الرافعي وقولهم فيمن ظن غروب الشمس لا كفارة تفريع على جواز الفطر بظن ذلك فإن منعناه بالظن فينبغي وجوب الكفارة لأنه جماع محرم صادف الصوم (الثالثة) إذا أكل الصائم ناسيا فظن أنه أفطر بذلك لجهله بالحكم ثم جامع فهل يبطل صومه فيه وجهان مشهوران (أحدهما) وبه قال البندنيجي لا كما لو سلم من الصلاة ناسيا ثم تكلم عامدا فإنه لا تبطل صلاته بالاتفاق لحديث ذي اليدين (وأصحهما) وبه قطع الجمهور تبطل كما لو جامع أو أكل وهو يظن أن الفجر لم يطلع فبان طالعا (فإن قلنا) لا يفطر فلا كفارة (وإن قلنا) يفطر فلا كفارة أيضا هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور ونقله المصنف والأصحاب عن." (١)

-٦٢

"وقال البغوي العصيان في الوصال لقصده إليه وإلا فالفطر حاصل بدخول الليل كالحائض إذا صلت عصت وإن لم يكن لها صلاة وهذا الذي قالاه خلاف إطلاق الجمهور وخلاف ما صرح به إمام الحرمين كما سبق قريبا وقد قال المحاملي في المجموع الوصال ترك الأكل بالليل دون نية الفطر لأن الفطر يحصل بالليل سواء نوى الإفطار أم لا هذا كلامه وظاهره مخالف لقول الروياني والبغوي والله أعلم فالصواب أن الوصال ترك الأكل والشرب في الليل بين الصومين عمدا بلا عذر

* {فرع} اتفق أصحابنا وغيرهم على أن الوصال لا يبطل الصوم سواء حرمناه أو كرهناه لما ذكره المصنف أن النهي لا يعود إلى الصوم والله أعلم

* {فرع} اتفقت نصوص الشافعي والأصحاب على أن الوصال من خصائص رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو مكروه في حقنا (إما) كراهة تحريم على الصحيح (وإما) تنزيه ومباح له صلى الله عليه وسلم كذا قاله الشافعي والجمهور وقال إمام الحرمين هو قربة في حقه وقد نبه صلى الله عليه وسلم على الفرق بيننا وبينه في ذلك بقوله " إني لست كهيئتكم إني أبيت عند ربي يطعمني ويسقيني " **واختلف أصحابنا** في تأويل هذا الحديث على وجهين مشهورين في الحاوي ومنهاج القاضي أبي الطيب والمعالم للخطابي والعدة والبيان وغيرها

(١) المجموع شرح المهذب ٦/٣٣٩

(أحدهما)

وهو الأصح أن معناه أعطي قوة الطاعم الشارب وليس المراد الأكل حقيقة إذ لو أكل حقيقة لم يبق وصال ولقال ما أنا مواصل ويؤيد هذا التأويل ما سنذكره إن شاء الله تعالى

قريبا في فرع بيان الأحاديث في حديث أنس وقوله صلى الله عليه وسلم " إني أظل يطعمني ربي ويسقيني " ولا يقال ظل إلا في النهار فدل على أنه لم يأكل

(والثاني)

أنه صلى الله عليه وسلم كان يؤتى بطعام وشراب من الجنة كرامة له لا تشاركه فيها الأمة وذكر صاحب العدة والبيان تأويلا ثالثا مع هذين قالا وقيل معناه أن محبة الله تشغلني عن الطعام والشراب والحب البالغ يشغل عنهما

* {فرع} قال أصحابنا الحكمة في النهي عن الوصال لئلا يضعف عن الصيام والصلاة وسائر الطاعات أو يملها ويسأم منها لضعفه بالوصال أو يتضرر بدنه أو بعض حواسه وغير ذلك من أنواع الضرر

* {فرع} في مذاهب العلماء في الوصال

* ذكرنا أن مذهبنا أنه منهي عنه وبه قال الجمهور وقال العبدرى هو قول العلماء كافة إلا ابن الزبير فإنه كان يواصل اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابن المنذر كان ابن الزبير وابن أبي نعيم يواصلان وذكر الماوردي في الحاوي أن عبد الله بن الزبير واصل سبعة عشر يوما ثم أفطر على سمن ولبن وصبر قال وتأول في السمن أنه يلين الأمعاء واللبن ألطف غذاء والصبر يقوي الأعضاء

* دليلنا الحديث السابق وما سنذكره من الأحاديث إن شاء الله تعالى

* {فرع} في بيان جملة من أحاديث الوصال

* عن ابن عمر قال " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن." (١)

-٦٣-

"صيام يوم عاشورا فقال يكفر السنة الماضية " وأما حديث ابن عباس فرواه مسلم بلفظه وفى رواية مسلم زيادة " قال فلم يأت العام المقبل حتى توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم " وعاشوراء وتاسوعاء اسمان ممدودان هذا هو المشهور في كتب اللغة وحكى عن ابن عمر والشيبابى قصرهما قال أصحابنا عاشورا هو اليوم

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٥٨/٦

العاشر من المحرم وتاسوعاء هو التاسع منه هذا مذهبنا وبه قال جمهور العلماء وقال ابن عباس عاشوراء هو اليوم التاسع من المحرم ثبت ذلك عنه في صحيح مسلم وتأوله على أنه مأخوذ من إظماء الإبل فإن العرب تسمي اليوم الخامس من أيام الورد ربعا بكسر الراء وكذا تسمي باقي الأيام على هذه النسبة فيكون التاسع على هذا عشرا بكسر العين والصحيح ومما قاله الجمهور وهو أن عاشوراء هو اليوم العاشر وهو ظاهر الأحاديث ومقتضى إطلاق اللفظ وهو المعروف عند أهل اللغة (وأما) تقدير أخذه من إظماء الإبل فبعيد وفي صحيح مسلم عن ابن عباس ما يرده قوله لأنه قال أن النبي صلى الله عليه وسلم " كان يصوم عاشوراء فذكروا أن اليهود والنصارى تصومه فقال صلى الله عليه وسلم إنه في العام المقبل يصوم التاسع " وهذا تصريح بأن الذي كان يصومه صلى الله عليه وسلم ليس هو التاسع فتعين كونه العاشر واتفق أصحابنا وغيرهم علي استحباب صوم عاشورا وتاسوعا وذكر العلماء من أصحابنا وغيرهم في حكمة استحباب صوم تاسوعاء أوجها (أحدها) أن المراد منه مخالفة اليهود في اقتصارهم على العاشر وهو مروي عن ابن عباس وفي حديث رواه الإمام أحمد بن حنبل عن ابن عباس قال " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم صوموا يوم عاشوراء وخالفوا اليهود وصوموا قبله يوما وبعده يوما " (الثاني) أن المراد به وصل يوم عاشوراء بصوم كما نهى أن يصوما يوم الجمعة وحده ذكرهما الخطابي وآخرون (الثالث) الاحتياط في صوم العاشر خشية نقص الهلال ووقوع غلط فيكون التاسع في العدد هو العاشر في نفس الأمر

* {فرع} اختلف أصحابنا في صوم يوم عاشوراء هل كان واجبا في أول الإسلام ثم نسخ أم لم يجب في وقت أبدا على وجهين مشهورين لأصحابنا وهما احتمالان ذكرهما الشافعي (أصحهما) وهو ظاهر مذهب الشافعي وعليه أكثر أصحابنا وهو ظاهر نص الشافعي بل صريح كلامه أنه لم يكن واجبا قط (والثاني) أنه كان واجبا وهو مذهب أبي حنيفة وأجمع المسلمون على أنه اليوم ليس بواجب وأنه سنة فأما دليل من قال كان واجبا فأحاديث كثيرة صحيحة (منها) أن النبي صلى الله عليه وسلم " بعث رجلا يوم عاشوراء إلى قومه يأمرهم فليصوموا هذا اليوم ومن طعم منهم فليصم بقية يومه " رواه البخاري ومسلم من رواية سلمة بن الاكوع وروياه في صحيحهما بمعناه من رواية الربيع بضم الراء وتشديد الباء بنت معوذ وعن عائشة قالت "كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بصيام يوم عاشوراء قبل أن يفرض رمضان فلما فرض صيام رمضان كان من شاء صام عاشوراء ومن شاء أفطر " رواه البخاري ومسلم من طرق وعن ابن عمر " أن رسول الله." (١)

(١) المجموع شرح المهذب ٣٨٣/٦

-٦٤

"وكذا لو حلف أنه لم يطلع ولا هو تحت الغيم كما لو طار طائر فحلف أنه غراب أو أنه ليس بغراب أو تجهلناه (فإن قيل) لو وطئ في هذا اليوم (قلنا) تجب الكفارة (فإن قيل) هل يصلي التراويح هذه الليلة (قلنا) **اختلف أصحابنا** فقال أبو حفص العكبري لا يصلي وقال غيره يصلي وهو ظاهر كلام أحمد ولأنه من رمضان (فإن قيل) لم لم يحكموا بالهلال تحت الغيم في سائر الشهور (قلنا) لا فائدة فيه بخلاف." (١)

-٦٥

"ومن علل بالسبب جوز صومها عن كل صوم له سبب دون مالا سبب له قال السرخسي وعلى هذا الوجه لو نذر صومها بعينها فهو كنذر صوم يوم الشك وسبق بيانه هذا هو المشهور في المذهب أن الوجه القائل بجواز الصوم في أيام التشريق لغير المتمتع مختص بصوم له سبب ولا يصح فيها مالا سبب له بالاتفاق وقال إمام الحرمين **اختلف أصحابنا** في التفريع على القديم فقال بعضهم لا تقبل هذه غير صوم التمتع لضرورة تختص به وقال آخرون إنها كيوم الشك ثم ذكر متصلا به في يوم الشك أنه إن صامه بلا سبب فهو منهي عنه وفى صحته وجهان قد سبق بيان ذلك (واعلم) أن الأصح عند الأصحاب هو القول الجديد أنها لا يصح فيها صوم أصلا لا للمتمتع ولا لغيره (والارجح) في." (٢)

-٦٦

"حفظه قال المتولي فهو كالمريض فيكون فيه الخلاف والمذهب أنه لا ينقطع تتابعه وهو الجاري على القاعدة فإن لم يخرج باختياره وبهذا قطع الماوردي والقاضي أبو الطيب في المجرد والسرخسي وصاحب العدة وآخرون ونقل الماوردي اتفاق الأصحاب عليه ونقل القاضي أبو الطيب عن نص الشافعي في الأم أنه لو بقي في الجنون سنين ثم أفاق بنى فهذا هو الصواب والله أعلم

* {فرع} قال صاحب الشامل إذا أراد المعتكف الخروج للفصد والحجامة فإن كانت الحاجة داعية إليه بحيث لا يمكن تأخره جاز الخروج له وإلا فلا كالمرض يفرق فيه بين الخفيف وغيره كما سبق

*

* قال المصنف رحمه الله

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤١٧/٦

(٢) المجموع شرح المهذب ٤٤٤/٦

* {قال في الأم وإن سكر فسد اعتكافه ثم قال وإن ارتد ثم أسلم بنى على اعتكافه **واختلف أصحابنا** فيه على ثلاثة طرف (فمنهم) من قال لا يبطل فيهما لأنهما لم يخرجا من المسجد وتأول قوله في السكران علي مااذا سكر وأخرج أنه لا يجوز إقراره في المسجد إذا خرج ليقام عليه الحد (ومنهم) من قال يبطل فيهما لأن السكران خرج عن أن يكون من أهل المقام في المسجد والمرتد خرج عن أن يكون من أهل العبادات وتأول قوله في المرتد إذا ارتد في اعتكاف غير متتابع أنه يرجع ويتم ما بقي (ومنهم) من حمل المسألتين على ظاهرهما فقال في السكران يبطل لأنه ليس من أهل المقام في المسجد لانه لا يجوز اقراه فيه فصار كما لو خرج من المسجد والمرتد من أهل المقام فيه لأنه يجوز اقراره فيه}

* {الشرح} هذان النصان مشهوران كما ذكرهما المصنف والاصحاب فيهما طرق متشعبة جمعها الرافعي ونقحها فقال في المسألة ستة طرق (أصحها) بطلان اعتكاف السكران والمرتد جميعا بطرآن السكر والردة لأنهما أفحش من الخروج من المسجد وتأول هؤلاء نصه في السكران انه في اعتكاف متابع فينقطع ونصه في المرتد أنه اعتكاف غير متتابع فإذا أسلم بنى لأن الردة عندنا لا تحبط الأعمال إلا إذا مات مرتدا (والطريق الثاني) لا يبطل فيهما لما ذكره المصنف (والثالث) فيهما قولان

(والرابع) تقرير النصين وبطلانه في السكران دون المرتد وذكر المصنف الفرق وهذا الطريق هو الصحيح عند الشيخ أبي حامد وأصحابه ونقله صاحب الشامل عن أكثر الأصحاب (والخامس) يبطل السكر لامتداد زمانه وكذا الردة إن طال زمنها وإن قصر بنى (والسادس) يبطل بالردة." (١)

-٦٧

"له ثواب هكذا قاله المتولي وصاحب البيان وآخرون والمختار حصول الثواب له بوقوع الحج له (وقوله) لم ييأس هو بفتح الهمزة وكسرها لغتان مشهورتان (وقوله) برأ بفتح الراء وفيه لغتان أخريان سيأتي (١) متعلقة باللفظ في باب التيمم (قوله) الإياس بكسر الهمزة ويقال بفتحها والأحسن اليأس (أما) الأحكام ففيها مسائل (إحداها) قال الشافعي والأصحاب تجوز النيابة في حج الفرض المستقر في الذمة في موضعين

(أحدهما)

المعضوب

(والثاني)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٥١٨/٦

الميت وسبق بيان المعضوب ودليلهما في الكتاب (فأما) حج التطوع فلا تجوز الاستنابة فيه عن حي ليس بمعضوب ولا خلاف عن جمهور الاصحاب في (٢) جوازه ولا عن ميت لم يوص به بلا خلاف نقل الاتفاق عليه الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وآخرون وهل يجوز عن ميت أوصى به أو حي معضوب استأجر من يحج عنه فيه قولان مشهوران منصوصان للشافعي في الأم ذكر المصنف دليلهما **واختلف أصحابنا** في أصحهما فقال الجمهور (أصحهما) الجواز وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وأحمد وممن نص على تصحيحه الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب في المجرد والمصنف هنا والبغوي والرافعي وآخرون وصحح المحاملي في المجموع المنع والجرجاني في التحرير والشاشي قال ابن الصباغ وآخرون ما ذكره القائل بالمنع من أنه إنما جاز الاستنابة في الفرض للضرورة ولا يجوز في النفل فيلتبس بالتيمم فإنه جوز في الفرض للحاجة ويجوز أيضا في النفل وقد سبق في التيمم والمستحاضة وجه شاذ أنهما لا يفعلان النفل أبدا تخريجا من هذا القول والله أعلم

(وأما) الحجة الواجبة بقضاء أو نذر فيجوز النيابة فيها عن الميت والمعضوب بلا خلاف عندنا

كحجة الإسلام لكن لا يجوز عن المعضوب إلا بإذنه ويجوز عن الميت بإذنه وبغير إذنه ويجوز من الوارث والأجنبي سواء أذن له الوارث أم لا بلا خلاف وقد سبق بيان هذا ولو لم يكن للميت حج ولا لزمه حج لعدم الاستطاعة ففي جواز الإحجاج عنه طريقان حكاهما إمام الحرمين وغيره

(أحدهما)

القطع بالجواز لوقوعه واجبا

(والثاني)

أنه على القولين كالتطوع لأنه لا ضرورة إليه قال أصحابنا فإذا قلنا تجوز النيابة في حج التطوع عن الميت والمعضوب جاز حجتان وثلاث وأكثر ممن صرح به صاحب البيان قال أصحابنا وإذا جوزناه جاز أن يكون الاجير عبدا وصبيا لأنهما من أهل التبرع بخلاف حجة الإسلام فإنه لا يجوز استئجارهما فيها وهل يجوز استئجارهما في حجة النذر قال الرافعي إن قلنا يسلك بالنذر مسلك جائز التبرع جاز وإلا فلا قال أصحابنا وإذا صححنا النيابة في حج التطوع استحق الأجير الاجرة المسماة بلا خلاف وهل يستحق أجرة المثل فيه قولان

---

(١) كذا في الاصل ولعل الصواب سبق بيانهما في باب التيمم (٢) كذا في الاصل ولعل الصواب في عدم جوازه." (١)

-٦٨

"اللام بمعنى على كما في قوله تعالى إن أحسنتم أحسنتم لأنفسكم وإن أسأتم فلها) أي فعليها وقوله تعالى (أولئك لهم اللعنة) أي عليهم قال القاضي أبو الطيب وجواب آخر وهو أن قوله تعالى (فمن تمتع) شرط وقوله تعالى (فما استيسر من الهدى) جزاء الشرط وقوله تعالى (ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد) بمنزلة الاستثناء وهو عائد إلى الجزاء دون الشرط كما لو قال من دخل الدار فله درهم إلا بني تميم أو قال ذلك لمن يكن من نبي تميم فإن الاستثناء يعود إلى الجزاء دون الشرط الذي هو دخول الدار كذا ههنا (وأما) قولهم المتمتع شرع له أن لا يلم بأهله فقال أصحابنا لا نسلم ذلك ولا تأثير للإلمام بأهله في التمتع ولهذا لو تمتع غريب عن أهله فألم بأهله يصح تمتعه وكذا لو تمتع من غير إلمام بأهله فتمتعه عندهم مكروه (وأما) قوله إن نسكه ناقص لوجوب الدم على الغريب فقال أصحابنا إنما لزم الغريب الدم لأنه ترفه بالتمتع فيلزمه الدم والمكي أحرم بحجة وعمرة من ميقاته الأصلي فلم يلزمه دم لعدم الترفه والله أعلم

* (فرع)

أجمع العلماء على جواز العمرة قبل الحج سواء حج في سنته أم لا وكذا الحج قبل العمرة واحتجوا له بحديث ابن عمر (أن النبي صلى الله عليه وسلم اعتمر قبل أن يحج) رواه البخاري وبالأحاديث الصحيحة المشهورة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتمر ثلاث عمر قبل حجته وكان

أصحابه في حجة الوداع أقساما منهم من اعتمر قبل الحج ومنهم من حج قبل العمرة) كما سبق

*

*

قال المصنف رحمه الله تعالى

* (والافراد أن يحج ثم يعتمر والتمتع أن يعتمر في أشهر الحج ثم يحج من عامه والقران أن يحرم بهما جميعا فان احرم بالعمرة ثم ادخل عليها الحج قبل الطواف جاز ويصير قارنا لما روى (ان عائشة رضي الله عنها احرمت بالعمرة فحاضت فدخل عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي تبكي فقال لها رسول الله صلى الله عليه

(١) المجموع شرح المهذب ١١٤/٧

وسلم أهلى بالحج واصنعي ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت ولا تصلى) وان ادخل عليها الحج بعد الطواف لم يجز **واختلف أصحابنا** في علته (فمنهم) من قال لا يجوز لانه قد أخذ في التحلل (ومنهم) من قال لا يجوز لانه قد أتى بمقصود العمرة وإن أحرم بالحج وأدخل عليه العمرة ففيه قولان

(أحدهما)

يجوز لانه أحد النسكين فجاز إدخاله علي الآخر كالحج (والثاني)." (١)

-٦٩

"بل ينتقل إلى الهدي (والثاني) عليه صوم عشرة أيام متفرقة أو متتابعة (والثالث) عشرة ويفرق بيوم فصاعدا (والرابع) يفرق بأربعة فقط (والخامس) يفرق بمدة إمكان السير (والسادس) بأربعة ومدة إمكان السير وهذا أصحها فلو صام عشرة متوالية وقلنا بالمذهب وهو وجوب قضاء الثلاثة أجزأه إن لم نشترط التفريق فإن شرطناه واكتفينا بالتفريق بيوم لم يعتد باليوم الرابع ويستحب ما بعده فيصوم يوما آخر هذا هو الصحيح المشهور وفي وجه لا يعتد بشيء سوى الثلاثة حكاه الفوراني وآخرون وفي وجه الإصطخري لا يعتد بالثلاثة أيضا إذا نوى السابع وهما شاذان ضعيفان وممن حكى هذا الأخير الدارمي والماوردي والرافعي وآخرون

* قال الماوردي هذا الذي قاله الإصطخري غلط فاحش لأن تفريق الصوم ومتابعته يتعلق بالفعل لا بالنية ولأن فساد بعض الأيام لا يلزم منه فساد غيره فلا يجوز إفساد الثلاثة لفساد السبعة

* قال أصحابنا وإن شرطنا التفريق بأكثر من يوم لم يعتد بذلك القدر

* هكذا ذكر الأصحاب هذا التفصيل وقال صاحب البيان بعد أن نقل هذا عن الأصحاب ينبغي أن يقال في القول الأخير يفرق بقدر مدة السير وثلاثة أيام لا أربعة وفي القول الخامس بقدر مدة السير إلا يوما واستدل له بما لا دلالة فيه

* قال صاحب الشامل والأصحاب قال الشافعي في الإملاء أقل ما يفرق بينهما بيوم قالوا **واختلف أصحابنا** في معناه فقال أبو إسحق هذا تفريع على جواز صيام أيام التشريق عن كل صوم له سبب لأنه كان يمكنه أن يفرغ من الثلاثة يوم عرفة ويفطر

يوم النحر ثم يصوم التشريق عن سبعة

* قال صاحب الشامل وهذا الوجه خطأ فاحش من قائله لأن صوم السبعة لا يجوز في أيام التشريق بالإجماع

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٧٠/٧

لأنه إنما يجوز بعد فراغ الحج أو بعد الرجوع إلى أهله ومن أصحابنا من قال هذا قول للشافعي مستقل ليس مبنى على شئ لأن الله تعالى أمر بالتفريق بينهما والتفريق يحصل بيوم والله أعلم

* (فرع)

قال أصحابنا كل واحد من صوم الثلاثة والسبعة لا يجب التتابع فيه لكن يستحب هكذا صرح به صاحب الشامل والجمهور وقال الدارمي في وجوب التتابع في كل واحد منهما وجهان وحكى الماوردي والرافعي وغيرهما في وجوب التتابع قولا مخرجا من كفارة اليمين وهو شاذ ضعيف والمذهب ما سبق

*." (١)

-٧٠

"من غير إحرام وكذا نقل الفوراني في الإبانة أنه كره في الجديد الإحرام قبل الميقات وكأن الغزالي تابع الفوراني في هذا النقل وهو نقل ضعيف غريب لا يعرف لغيرهما ونسبه صاحب البحر إلى بعض أصحابنا بخراسان والظاهر أنه أراد الفوراني ثم قال صاحب البحر هذا النقل غلط ظاهر وهذا الذي قاله صاحب البحر من التغليط هو الصواب فإن الذي كرهه الشافعي في الجديد انه هو التجرد عن المحيط لا الإحرام قبل الميقات بل نص في الجديد على الإنكار على من كره الإحرام قبل الميقات **واختلف أصحابنا** في الأصح من هذين القولين فصححت طائفة الإحرام من دويرة أهله ممن صرح بتصحيحه القاضي أبو الطيب في كتابه المجرد والروياني في البحر والغزالي والرافعي في كتابيه وصحح الأكثرون والمحققون تفضيل الإحرام من الميقات ممن صححه المصنف في التنبيه وآخرون وقطع به كثيرون من أصحاب المختصرات منهم أبو الفتح سليم الرازي في الكفاية والماوردي في الإقناع والمحاملي في المقنع وأبو الفتح نصر المقدسي في الكافي وغيرهم وهو

الصحيح المختار وقال الرافعي في المسألة ثلاث طرق (أصحها) على قولين

(والثاني)

القطع باستحبابه من دويرة أهله (والثالث) ان أمن على نفسه من ارتكاب محظورات الإحرام فدويرة أهله أفضل وإلا فالميقات (والأصح) على الجملة أن الإحرام من الميقات أفضل للأحاديث الصحيحة المشهورة (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحرم في حجته من الميقات) وهذا مجمع عليه وأجمعوا على أنه صلى الله عليه وسلم لم يحج بعد وجوب الحج ولا بعد الهجرة غيرها (وأحرم صلى الله عليه وسلم عام الحديبية بالعمرة من

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٨٩/٧

ميقات المدينة ذى الحيلفة) رواه البخاري في صحيحه في كتاب المغازي وكذلك أحرم معه صلى الله عليه وسلم بالحجة المذكورة والعمرة المذكورة أصحابه من الميقات وهكذا فعل بعده صلى الله عليه وسلم أصحابه والتابعون وجماهير العلماء وأهل الفضل فترك النبي صلى الله عليه سلم الإحرام من مسجده الذي صلاة فيه أفضل من ألف صلاة فيما سواه من المساجد إلا المسجد الحرام وأحرم من الميقات فلا يبقى بعد هذا شك في أن الإحرام من الميقات أفضل (فإن قيل) إنما أحرم النبي صلى الله عليه وسلم من الميقات ليبين جوازه." (١)

-٧١

"من التلبية أن يصلي على رسول الله صلى الله عليه وسلم وأن يسأل الله تعالى رضوانه والجنة ويستعيذ به من النار ثم يدعو بما أحب

* ويستحب أن لا يتكلم في أثناء تلبيته بأمر أو نهي أو غيرهما لكن لو سلم عليه رد نص عليه الشافعي في الإملاء وتابعه الأصحاب ويكره التسليم عليه في حال تلبيته

* ومن لا يحسن التلبية بالعربية يلبي بلسانه كتكبيرة الإحرام وغيرها وإن أحسن العربية أتى بها نص عليه الشافعي

* قال المتولي إذا لم يحسن التلبية أمر بالتعليم وفي مدة التعليم يلبي بلسان قومه وهل يجوز بلغة أخرى مع القدرة على التلبية حكمه حكم التسبيحات في الصلاة لأنه ذكر مسنون قال القاضي أبو الطيب في تعليقه تكره التلبية في مواضع النجاسات

* (فرع)

قال صاحب الحاوي قال الشافعي في الأم وإذا لبى فأستحب أن يلبي ثلاثا

* قال واختلف أصحابنا في تأويله على ثلاثة أوجه (أحدها) أن يكرر قوله لبيك ثلاث مرات (والثاني) يكرر قوله لبيك اللهم لبيك ثلاث مرات (والثالث) يكرر جميع التلبية ثلاث مرات

* هذا

كلامه وهذا الثالث هو الصحيح أو الصواب والأولان فاسدان لأن فيهما تغييرا للفظ التلبية المشروعة

* (فرع)

قد ذكرنا أن التلبية مستحبة بالاتفاق وليست واجبة

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٠١/٧

* هذا هو الصواب المشهور من نصوص الشافعي والأصحاب

* وقال صاحب الحاوي حكي عن أبي علي بن خيران وأبي علي بن أبي هريرة من أصحابنا أن التلبية في أثناء الحج والعمرة واجبة قال وزعما أنهما وجدا للشافعي نصا يدل عليه

* قال وليس يعرف للشافعي في كتبه نص يدل عليه هذا كلام الحاوي

* وقال الدارمي قال الطبري يعني أبا علي الطبري للشافعي ما يدل على أنها واجبة

* قال وبه قال ابن خيران والمذهب ما قدمناه

* (فرع)

مذهبنا استحباب التلبية في كل مكان وفي الأمصار والبراري

* قال العبدري إظهار التلبية في الأمصار ومساجدها لا يكره وليس لها موضع تختص به قال وبه قال أكثر الفقهاء قال وقال أحمد هو مسنون في الصحاري

* قال ولا يعجبني أن يلبى في المصر والله أعلم * قال المصنف رحمه الله

* (وإذا أحرم الرجل حرم عليه حلق الرأس لقوله تعالى (ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدي." (١)

-٧٢

"علل النبي صلى الله عليه وسلم رده عليه بأنهم حرم (قلنا) لا تمنع هذه العبارة كونه صيد له لأنه إنما يحرم الصيد على الإنسان إذا صيد له بشرط كونه محرما فبين الشرط الذي يحرم به وسأبسط الكلام في إيضاح هذا الحديث وبيان طرقه وما يوافقه وكلام العلماء عليه في فرع مذاهب العلماء في المسألة الثالثة منه إن شاء الله تعالى والله أعلم

* (وأما) قوله الصعب بن جثامة فالصعب بفتح الصاد وإسكان العين وجثامة بجيم مفتوحة ثم ثاء مثلثة مشددة (وقوله) صلى الله عليه وسلم (لم يرده عليك) هو برفع الدال على الصواب المعروف لأهل العربية وغلب على ألسنة المحدثين والفقهاء فتحها وهو ضعيف وقد أوضحته في التهذيب وشرح مسلم (وقوله) لأنه سبب يتملك به الصيد إنما قال يتملك ولم يقل يملك ليحترز عن الارث فانه يملك ليحترز عن الإرث فإنه يملك به على أحد الوجهين لأنه سبب يملك به الصيد ولا يقال في الرث يتملك إنما يقال يملك لأنه ملك قهري (قوله) لأنه معنى لا يراد للبقاء يحرم ابتداؤه فحرمت استدامته كلبس المخيط احترز بقوله لا يراد للبقاء من النكاح

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٤٦/٧

وبقوله يحرم ابتداؤه من لبس ما سوى المخيط وهذه العلة منتقضة بالطيب فإنه لا يحرم استدامته والله أعلم

* (أما) الأحكام ففيها مسائل (إحداها) يحرم على المحرم شراء الصيد وقبول هبته وهديته والوصية له به فإن اشتراه أو قبل الهبة أو الهدية أو الوصية فهل يملكه فيه طريقان (أحدهما) وبه قطع المصنف وسائر العراقيين لا يملكه لما ذكره المصنف

(والثانى)

طريقة للقفال ومعظم الخراسانيين أنه يبنى على أنه إذا كان في ملكه صيد فأحرم (فإن قلنا) يزول ملكه عنه لم يملك الصيد بالشراء والهبة والهدية والوصية وإلا فقولان كشراء الكافر عبدا مسلما (أصحهما) لا يملك

* قال أصحابنا (فان قلنا) بالمذهب أنه لا يملك فليس له القبض فإن قبض قال الشافعي رحمه الله لزمه إرساله

* **واختلف أصحابنا** في مراده بقوله لزمه إرساله على وجهين مشهورين فمن قال إنه يملكه تعلق بهذه اللفظة من كلام الشافعي وقال لولا أنه ملكه ما أمره بإرساله ومن قال لا يملكه اختلفوا في المراد فقال الشيخ أبو حامد والمحاملي وطائفة المراد بإرساله رده إلى صاحبه وليس المراد إرساله في البرية قالوا لأنه لم يملكه فلا يجوز له تضييعه ولم يزل ملك البائع والواهب عنه فلا يجوز تفويته عليه

* وقال صاحب الشامل وآخرون يلزمه إرساله في البرية ويحمل كلام الشافعي على ظاهره فيجب إرساله بحيث يتوحش." (١)

-٧٣

"يعد الطواف نص عليه الشافعي في الإملاء واتفق عليه الأصحاب والله أعلم (الخامسة) حكم طواف الوداع حكم سائر أنواع الطواف في الاركان والشروط وفيه وجه لابي يعقوب الايبوردي أنه يصح بلا طهارة وتجبر الطهارة بالدم وقد سبق بيان الوجه في فصل طواف القدوم وهو غلط ظاهر والله أعلم (السادسة) هل طواف الوداع من جملة المناسك أم عبادة مستقلة فيه خلاف (قال) إمام الحرمين والغزالي هو من المناسك وليس على الحاج والمعتمر طواف وداع إذا خرج من مكة لخروجه (وقال) البغوي والمتولي وغيرهما ليس طواف الوداع من المناسك بل هو عبادة مستقلة يومر بها كل من أراد مفارقة مكة إلى مسافة القصر سواء كان مكيا أو أفقيا وهذا الثاني أصح عند الرافعي وغيره من المحققين تعظيما للحرم وتشبيها لاقتضاء خروجه الوداع باقتضاء دخوله الإحرام قال الرافعي ولأن الأصحاب اتفقوا على أن المكي إذا حج ونوى على أن يقيم بوطنه

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٠٧/٧

لا يؤمر بطواف الوداع وكذا الأفقي إذا حج وأراد الإقامة بمكة لا وداع عليه ولو كان من جملة المناسك لعم الحجيج

* هذا كلام الرافعي

* ومما يستدل به من السنة لكونه ليس من المناسك ما ثبت في صحيح مسلم وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (يقيم المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثا) وجه الدلالة أن طواف الوداع يكون عند الرجوع وسماه قبله قاضيا للمناسك وحقيقته أن يكون قضاها كلها والله أعلم

* (فرع)

ذكرنا في هذه المسألة السادسة عن البغوي أن طواف الوداع يتوجه على كل من أراد مفارقة مكة إلى مسافة القصر قال ولو أراد دون مسافة القصر لا وداع عليه والصحيح المشهور أنه يتوجه على من أراد مسافة القصر ودونها سواء كانت مسافة بعيدة أم قريبة لعموم الأحاديث وممن صرح بهذا صاحب البيان وغيره

* (فرع)

قد ذكرنا أنه لا يجوز أن ينفر من منى ويترك طواف الوداع إذا قلنا بوجوبه فلو طاف يوم النحر للإفاضة وطاف بعده للوداع ثم أتى منى ثم أراد النفر منها في وقت النفر إلى وطنه واقتصر على طواف الوداع السابق فهل يجزئه قال صاحب البيان **اختلف أصحابنا** المتأخرون فيه فقال الشريف العثماني يجزئه لأن طواف الوداع يراد لمفارقته البيت وهذا قد أرادها (ومنهم) من قال لا يجزئه وهو ظاهر كلام الشافعي وظاهر الحديث لأن الشافعي قال وليس على الحاج بعد فراغه من الرمي أيام منى إلا وداع البيت فيودع وينصرف إلى أهله هذا كلام صاحب البيان وهذا الثاني هو الصحيح

وهو مقتضى كلام الأصحاب والله أعلم

*." (١)

-٧٤

"المختصر انه يؤكل ويكون بينهما فحمل أبو إسحق هذا على ظاهره فقال يحل أكله لان الاصل انه بقي بعد عقر الاول على الامتناع إلى أن قتله الآخر فيحل ويكون بينهما لان الظاهر أنهما مشتركان فيه بحكم اليد ومن أصحابنا من قال ان بقى على الامتناع حتى رماه الآخر فقتله حل وكان للثاني وان زال

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٥٦/٨

امتناعه بالاول فهو للاول ولا يحل بقتل الثاني لانه صار مقدورا عليه فيجب أن يتأول عليه إذا لم يمتنع الصيد حتى أدركه وذكاه فيحل واختلفا في السابق منهما فيكون بينهما فان رمي رجل صيدا فأزال امتناعه ثم رماه الآخر نظرت فان أصاب الحلقوم والمرئ فقتله حل أكله لانه قد صار ذكاته في الحلق واللبة وقد ذكاة في الحلق واللبة ويلزمه للاول ما بين قيمته مجروحا ومذبوحا كما لو ذبح له شاة مجروحة وان أصاب غير الحلق واللبة نظرت فان وحاه لم يحل أكله لانه قد صار ذكاته في الحلق واللبة فقتله بغير ذكاة فلم يحل ويجب عليه قيمته لصاحبه مجروحا كما لو قتل له شاة مجروحة فان لم يوحه وبقى مجروحا ثم مات نظرت فان مات قبل أن يدركه صاحبه أو بعد ما أدركه وقبل أن يتمكن من ذبحه وجب عليه قيمته مجروحا لانه مات من جنايته وان أدركه وتمكن من ذبحه فلم يذبحه حتى مات لم يحل أكله لانه ترك ذكاته في الحلق مع القدرة **واختلف أصحابنا** في ضمانه فقال أبو سعيد الاصطخرى تجب عليه قيمته مجروحا لانه لم يوجد من الاول أكثر من الرمى الذى ملك به وهو فعل مباح وترك ذبحه إلى أن مات وهذا لا يسقط الضمان كما لو جرح رجل شاة لرجل فترك صاحبها ذبحها حتى ماتت (والمذهب) أنه لا يجب عليه كمال القيمة لانه مات بسببين محظورين جناية الثاني وسراية جرح الاول فالسراية كالجناية في ايجاب الضمان فيصير كأنه مات من جناية اثنين وما هلك بجناية اثنين لا يجب على أحدهما كمال القيمة وإذا قلنا بهذا قسم الضمان على الجانبين فما يخص الاول يسقط عن الثاني ويجب عليه الباقي ونبين ذلك في جنايتين مضمونتين ليعرف ما يجب على كل واحد منهما فما وجب على الاول منهما من قيمته أسقطناه عن الثاني فنقول إذا كان لرجل صيد قيمته عشرة فجرحه رجل جراحة نقص من." (١)

-٧٥

"إنسان في نفسه أي لا يصرفه في المحرمات (والثاني) معناه لا يأخذ بعضكم مال بعض كما قال تعالى (لا تقتلوا أنفسكم) (وقوله) بالباطل قيل معناه الصرف في المحرمات وقيل النهب والغارات (والثالث) التجارات الفاسدة ونحوها والمختار ما قدمنا عن ابن عباس وأهل المعاني والله تعالى أعلم

* وأما قوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) فقد ذكر الشافعي رحمه الله في كتاب الأم تفسيرها مستوفى مع اختصار وشرحه صاحب الحاوي فقال قال الشافعي ومعنى الآية أربعة أقوال (أحدها) أنها عامة فإن لفظها لفظ عموم يتناول كل بيع ويقتضي إباحة جميعها إلا ما خصه الدليل وهذا القول أصحها عند الشافعي

(١) المجموع شرح المهذب ١٣٢/٩

وأصحابنا قال في الأم هذا أظهر معاني الآية قال صاحب الحاوي والدليل لهذا القول أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيوع كانوا يعتادونها ولم يبين الجائز فدل على أن الآية الكريمة تناولت إباحة جميع البيوع إلا ما خص منها وبين صلى الله عليه وسلم المخصوص قال فعلى هذا في العموم قولان

(أحدهما)

إنه عموم أريد به العموم وإن دخله التخصيص

(والثاني)

إنه عموم أريد به الخصوص قال والفرق بينهما من وجهين

(أحدهما)

أن العموم المطلق الذي يراد به العموم وهو ما يجري على عمومه وإن دخله تخصيص كان الخارج منه بالتخصيص أقل مما بقي على العموم (والوجه الثاني) أن البيان فيما أريد به الخصوص مقدم على اللفظ وفيما أريد به العموم متأخر عن اللفظ أو مقترن به قال وعلى القولين جميعا

يجوز الاستدلال بهذه الآية الكريمة في المسائل المختلف فيها ما لم يقم دليل تخصيص وإخراجها من العموم (والقول الثاني) من الأقوال الأربعة إنها مجملة لا يعقل منها صحة بيع من فساده إلا ببيان النبي صلى الله عليه وسلم ودليله أن في البياعات الجائز وغيره وبين في الآية ما يميز هذا من ذاك فاقتضت كونها مجملة فعلى هذا هل هي مجملة بنفسها أم بعارض فيه وجهان لأصحابنا

(أحدهما)

أنها مجملة بنفسها لأن قوله تعالى (وأحل الله البيع) يقتضي جواز البيع متفاضلا وقوله تعالى (وحرم الربا) يقتضي تحريم بيع الربوي متفاضلا فصار آخرها معارضا لأولها فحصل الإجمال فيها بنفسها

(والثاني)

أنها مجملة بغيرها لأنها جواز كل بيع من غرر ومعدوم وغيرهما وقد وردت السنة بالنهي عن بيع الغرر وبيع الملامسة وغيرهما فوقع الإجمال فيها بغيرها قال ثم **اختلف أصحابنا** في الإجمال على وجهين

(أحدهما)." (١)

-٧٦

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٤٦/٩

"أن الإجمال وقع في المعنى المراد به دون صيغة لفظها لأن لفظ البيع اسم لغوى لم يرد من طريق الشرع ومعناه معقول لكن لما قام بإزائه من الشبه ما يعارضه بدافع العمومان وحدهما ولم يتعين المراد منهما إلا ببيان الشبه فصارا مجملين لهذا المعنى لأن هذا اللفظ مشكل المعنى

*

(والثاني)

أن اللفظ محتمل والمعنى المراد منه مشكل لأنه لما لم يكن المراد من اللفظ ما وقع عليه الاسم وتبينا أن له شرائط لم تكن معقولة في اللغة خرج اللفظ بالشرائط عن موضوعه فاللغة إلى ما استقرت عليه شرائط الشرع وإن كان له في اللغة معان معقولة كما قلنا في الصلاة إنها مجملة لأنها متضمنة شرائط لم تكن معقولة في اللغة كالخضوع فكذلك البيع قال الماوردى وعلى الوجهين جميعا لا يجوز الاستدلال بها على صحة بيع ولا فساده وإن دلت على صحة البيع من أصله قال وهذا هو الفرق بين العموم والمجمل حيث جاز الاستدلال بظاهر العموم ولم يجز الاستدلال بظاهر المجمل والله أعلم (والقول الثالث) من الأربعة يتناولهما جميعا فيكون عموما دخله التخصيص ومجملا لحقه التفسير لقيام الدلالة عليها قال الماوردي **واختلف أصحابنا** في وجه دخول ذلك فيهما على ثلاثة أوجه (أحدها) أن العموم في اللفظ والإجمال في المعنى فيكون اللفظ عاما مخصوصا والمعنى مجملا لحقه التفسير

(والثاني)

أن العموم في قوله تعالى (وأحل الله البيع) والاجمال في قوله (وحرم الربا) (والثالث) أنه كان مجملا فلما بينه النبي صلى الله عليه وسلم صار عاما فيكون داخلا في المجمل قبل

البيان وفي العموم بعد البيان قال فعلى هذا الوجه يجوز الاستدلال بظاهرها في البيوع المختلف فيها كالقول الثاني (والقول الرابع) إنها تناولت بيعا معهودا ونزلت بعد أن أحل النبي صلى الله عليه وسلم بيوعا وحرم بيوعا فقوله تعالى (وأحل الله البيع) أي البيع الذي بينه النبي صلى الله عليه وسلم من قبل وعرفه المسلمون منه فتناولت الآية بيعا معهودا ولهذا دخلت الألف واللام لأنهما للعهد أو للجنس ولا يكون الجنس هنا مراد الخروج بعضه عن التحليل فعلم أن المراد العهد فعلى هذا لا يجوز الاستدلال بظاهرها على صحة بيع ولا

فساده بل يرجع فيما اختلف فيه إلى الاستدلال بما تقدمها من السنة التي عرف بها البيوع الصحيحة فيحصل الفرق بينها وبين المجمل من وجه وبينها وبين العموم من." (١)

-٧٧

"أن المبيع باق على ملكه قال الإمام وكان شيخي يقول يتجه أن يجعل ذلك قولا رابعا

* **واختلف أصحابنا** في الأصح من هذه الأقوال فصححت طائفة القول بأن المشتري يملك بنفس العقد منهم الشيخ أبو حامد والماوردي والقاضي أبو الطيب وإمام الحرمين وغيرهم وبه قطع المحاملي في المقنع وسليم الرازي في الكفاية والجرجاني في التحرير وهو مذهب أحمد وصححت طائفة قول الوقف ممن صححه البغوي وصححت طائفة التفصيل فقالوا إن كان الخيار للبائع فالأصح أن الملك له وإن كان الخيار للمشتري وحده فالأصح أن الملك له وإن كان لهما فالأصح أنه موقوف وممن صحح هذا التفصيل القفال حكاه عنه الروياني في البحر وأشار إلى موافقته وصححه أيضا صاحب (١) والرافعي في كتابيه الشرح والمحرر وقطع به الروياني في الحلية والله أعلم

* (التفريع) قال أصحابنا رحمهم الله لهذه الأقوال فروع كثيرة منها ما يذكر في أبوابه ومنها ما يذكر هنا (فمنها) كسب العبد والأمة المبيعين في زمن الخيار فإن تم البيع فهو للمشتري (إن قلنا) الملك له أو موقوف (وإن قلنا) الملك للبائع فوجهان (أصحهما) وبه قال الجمهور الكسب للبائع لأن الملك له عند حصوله وقال أبو علي الطبري هو للمشتري واستدل له المتولي وغيره بأن سبب زوال ملك البائع موجود حال وجود الزيادة فلم يجعل لها حكم وجعلت تابعة للعين وكانت لمن استقر ملك العين له وإن فسخ البائع فهو للبائع (إن قلنا) الملك له أو موقوف (وإن قلنا) للمشتري فوجهان مشهوران (أصحهما) للمشتري

(والثاني)

للبائع وبه قال أبو إسحق المروزي قال المتولي هما مبنيان على أن الفسخ يرفع العقد من حينه أو من أصله وفيه وجهان مشهوران في كتب الخراسانيين (أصحهما) من حينه

(والثاني)

من أصله (فإن قلنا) من حينه فهو للمشتري وإلا فللبائع قال أصحابنا وفي معنى الكسب اللبن والشعر والثمرة ومهر الجارية إذا

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٤٧/٩

وطئت بشبهة أو أكرهت على الزنا وكون الجميع حكم كسب العبد على التفصيل والخلاف (ومنها) النتاج فإن وجد حدوث الولد وانفصاله في مدة الخيار لامتداد المجلس فهو كالكسب وإن كانت الجارية أو البيهمة حاملا عند البيع وولدت في زمن الخيار بني على أن الحمل هل له حكم وهل يأخذ قسطا." (١)

-٧٨

"إلى تطهير الأجنحة (قلت) وجه الجواز على ضعفه الانتفاع بريشها في النبل فإنه وإن قلنا بنجاسته يجوز الانتفاع به في النبل وغيره من اليابسات والله تعالى أعلم

* (فرع)

العلق وهو هذا الدود الأسود والأحمر الذي يخرج من الماء وعادته أن يلقى على العضو الذي ظهر فيه غلبة الدم فيمص دمه هل يجوز بيعه فيه طريقان (أصحهما) وبه قطع إمام الحرمين والغزالي والبغوي في شرح المختصر وآخرون يجوز لأن فيه غرضا مقصودا وهو امتصاصه الدم من العضو المتألم (والطريق الثاني) فيه وجهان وممن حكاه المتولي (أصحهما) يجوز

(والثاني)

لا لأنه حيوان مؤذ كالحية والعقرب

* (فرع)

اتفق أصحابنا على جواز بيع العبد الزمن لأنه ينتفع به للإعتاق فإنه يثاب على عتقه بلا خلاف (وأما) الحمار الزمن والبغل الزمن فلا يجوز بيعهما على المذهب وبه قطع كثيرون وحكى القاضي حسين وإمام الحرمين والغزالي وغيرهم وجها أنه يجوز بيعه للانتفاع بجلده بعد الدباغ وهو الوجه السابق في بيع السباع التى لا تصطاد

*

* قال المصنف رحمه الله

* (**واختلف أصحابنا** في بيع دار لا طريق لها أو بيع بيت من دار لا طريق إليه فمنهم من قال لا يصح لانه لا يمكن الانتفاع به فلم يصح بيعه ومنهم من قال يصح لانه يمكن أن يحصل له طريق فينتفع به فيصح بيعه)

* (الشرح) هذان الوجهان مشهوران (أصحهما) صحة البيع

* قال أصحابنا الخراسانيون لو باع أرضا معينة محفوفة بملك البائع من جميع الجوانب فإن شرط للمشتري حق

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩/٢١٤

الممر من جانب واحد ولم يعينه لم يصح البيع لاختلاف الغرض بالممر وإن شرط الممر من جانب معين صح البيع

فإن قال بعتها بحقوقها صح البيع وثبت للمشتري حق الممر من كل جانب كما كان للبائع قبل البيع وإن أطلق بيعها ولم يتعرض للممر فوجهان (أصحهما) يصح ويكون كما لو قال بعتكها بحقوقها

(والثاني)

أنه لا يقتضي الممر فعلى هذا هو كما لو صرح بنفي الممر وفيه وجهان (أصحهما)." (١)

-٧٩

"قال المصنف رحمه الله

* (واختلف أصحابنا في بيع الباقلاء في قشريه فقال أبو سعيد الاصطخرى يجوز لانه يباع في جميع البلدان من غير انكار (ومنهم) من قال لا يجوز وهو المنصوص في الام لان الحب قد يكون صغارا وقد يكون كبارا وقد يكون في بيوته م الا شئ فيه وقد يكون فيه حب متغير وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز

* واختلفوا أيضا في بيع نافجة المسك فقال أبو العباس يجوز بيعها لان النافجة فيها صلاح للمسك لان بقاءه فيها أكثر فجاز بيعه فيها كالجوز في القشر الاسفل ومن أصحابنا من قال لا يجوز وهو ظاهر النص لانه مجهول القدر مجهول الصفة وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز

* واختلفوا في بيع الطلع في قشره فقال أبو إسحق لا يجوز بيعه لان المقصود مستور بما لا يدخر فيه فلم يصح بيعه كالتمر الجراب وقال أبو على بن أبي هريرة رضى الله عنه يجوز لانه مستور بما يؤكل معه من القشر فجاز بيعه فيه كالقثاء والخيار

* واختلف قوله في بيع الحنطة في سنبلها (فقال) في القديم يجوز لما روى أنس (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد) (وقال) في الجديد لا يجوز لانه لا يعلم قدر ما فيها من الحب ولا صفة الحب وذلك غرر لا تدعوا الحاجة إليه فلم يجز)

*

(الشرح) حديث أنس رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وآخرون بأسانيد صحيحة قال الترمذي هو حديث حسن وفى الباقلى لغتان سبقتا في أول كتاب الطهارة التخفيف مع المد والتشديد مع القصر (وقوله) غرر من

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩/٢٤١

غير حاجة احتراز من أساس الدار ومن السلم

* ونافجة المسك - بالنون والفاء والجيم - وهي ظرفه الذي يكون فيه من أصله والجراب - بكسر الجيم وفتحها - الكسر أفصح والقثاء - بكسر القاف وضمها - الكسر أفصح وهو ممدود (أما الأحكام) ففيها مسائل (إحداها) يجوز بيع الباقلى في القشر الأسفل بلا خلاف وسواء كان أخضر أو يابسا وأما بيعه في قشرة الأعلى والأسفل فإن كان يابسا لم يجز على قولنا بمنع بيع الغائب فإن جوزناه جاز هكذا صرح به إمام الحرمين والبغوي والجمهور

* وحكى المتولي وجها أنه يصح إن منعنا بيع الغائب وهذا شاذ ضعيف لأنه مستور بما لا يحتاج إلى بقائه فيه ولا حاجة إلى." (١)

-٨٠

"كبيع السمن بظرفه كل رطل بدرهم ويجئ فيه باقي المسائل

* (فرع)

قد ذكرنا أنه إذا باع السمن مع ظرفه جزافا صح البيع قال أصحابنا ولو باع لبنا مخلوطا بالماء لم يصح بلا خلاف والفرق أن المقصود وهو اللبن غير متميز ولا معلوم (وأما) هنا فالمقصود السمن وهو متميز فصار كما لو باع عبدا وعليه ثوب مع الثوب فإنه يصح بالإجماع

* (فرع)

إذا اشترى جامدا في ظرفه كالدقيق والحنطة والتمر والزبيب وغير ذلك موازنة كل رطل بدرهم بشرط أن يوزن مع ظرفه ثم يسقط قدر وزن الظرف فوجهان حكاهما الماوردي والروياني

(أحدهما)

لا يصح البيع لأن الجامد لا يحتاج إلى وزنه مع ظرفه لإمكان وزنه بدونه قالا وإلى هذا ميل أبى اسحق المروزي

(والثاني)

يصح وهذا مقتضى كلام جمهور الأصحاب وهو الصواب إذ لا مفسدة فيه ولا غرر ولا جهالة

* (فرع)

إذا اشترى سمنا أو غيره من المائعات أو غيرها في ظرفه كل رطل بدرهم مثلا على أن يوزن بظرفه ويسقط أرطال

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٠٥/٩

معينة بسبب الظرف ولا يوزن الظرف فالبيع باطل بلا خلاف

لأنه غرر ظاهر وهذا من المنكرات المحرمة التي تقع في كثير من الأسواق

*

* قال المصنف رحمه الله

* (**واختلف أصحابنا** في بيع النحل في الكندوج فقال ابو العباس يجوز بيعه لانه يعرف مقدارة حال دخوله وخروجه

* ومن أصحابنا من قال لا يجوز وهو قول أبي حامد الاسفرايني لانه قد يكون في الكندوج ما لا يخرج وان اجتمع فرخه في موضع وشوهد جميعه جاز بيعه لانه معلوم مقدور على تسليمه فجاز بيعه)

* (الشرح) الكندوج - بكاف مضمومة ثم نون ساكنة ثم دال مهملة مضمومة ثم واو ثم جيم - وهو الخلية وهو عجمي معرب والخلية عربية ويقال لها الكوارة أيضا قال أصحابنا بيع النحل في الجملة جائز لأنه حيوان طاهر منتفع به فأشبه الحمام فإن كان فرخه مجتمعا على غصن أو غيره وشاهده كله صح بيعه بلا خلاف عندنا فإن كان في الخلية ولم يره في دخوله وخروجه فهو من بيع الغائب وقد." (١)

-٨١

"* (فرع)

في مذاهبهم فيمن با ع سلعة وقال في العقد للمشتري إن لم تأت بالثمن في الوقت الفلاني فلا بيع بيننا فمذهبنا بطلان هذا البيع وحكى ابن المنذر عن الثوى واحمد واسحق أنه يصح البيع والشرط قال وبه قال أبو ثور إذا كان الشرط ثلاثة أيام وروى مثله عن ابن عمر وقال أبو حنيفة إن كان الوقت ثلاثة أيام صح البيع وبطل الشرط وإن كان أكثر فسد البيع فإن نقده في ثلاثة أيام صح البيع ولزم وقال محمد يجوز نحو عشرة أيام قال وقال مالك إن كان الوقت نحو يومين وثلاثة جاز

* دليلنا أنه في معنى تعليق البيع فلم يصح

* (باب تفريق الصفقة)

(هي عقد البيع لأنه كان عادتهم أن يضرب كل واحد من المتعاقدين يده علي يد صاحبه عند تمام العقد)

* قال المصنف رحمه الله

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٢١/٩

* (إذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز بيعه كالحر والعبد وعبده وعبد غيره ففيه قولان (أحدهما)

تفرق الصفقة فيبطل البيع فيما لا يجوز ويصح فيما يجوز لانه ليس ابطاله فيهما لبطلانه في أحدهما باولى من تصحيحه فيهما لصحته في أحدهما فبطل حمل احدهما علي الآخر وبقيا على حكمهما فصح فيما

يجوز وبطل فيما لا يجوز (والقول الثاني) أن الصفقة لا تفرق فيبطل العقد فيهما **واختلف أصحابنا** في علته فمنهم من قال يبطل لان العقد جمع حلالا وحراما فغلب التحريم كما لو جمع بين أختين في النكاح أو باع درهما بدرهمين ومنهم من قال يبطل لجهالة الثمن وذلك أنه إذا باع حرا وعبدا بالف سقط ما يخص الحر من الثمن فيصير العبد مبيعا بما بقى وذلك مجهول في حال العقد فبطل كما لو قال بعتك هذا العبد بحصته من الف درهم (فان قلنا) بالتعليل الاول بطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على القيمة كالعبدين وفيما ينقسم الثمن فيه على الاجزاء كالعبد الواحد نصفه له ونصفه لغيره أو كرين من طعام أحدهما له والآخر لغيره وكذلك لو جمع بين ما يجوز وبين ما لا يجوز في الرهن أو الهبة أو النكاح بطل في الجميع لانه جمع بين الحلال والحرام (وان قلنا) إن العلة جهالة العوض لم يبطل البيع فما ينقسم الثمن فيه على الاجزاء لان العوض غير مجهول ولا يبطل الرهن والهبة لان لا عوض فيه ولا يبطل النكاح لان الجهل بالعوض لا يبطله (فان قلنا) ان العقد يبطل فيهما رد المبيع." (١)

-٨٢

"* واسترجع الثمن (وان قلنا) إنه يصح في أحدهما فله الخيار بين فسخ البيع وبين امضائه لانه لا يلحقه ضرر بتفريق الصفقة فثبت له الخيار فان اختار الامساك فبكم يمسك فيه قولان

(أحدهما)

يمسك بجميع الثمن أو يرد لان ما لا يقابل العقد لا ثمن له فيصير الثمن كله في مقابلة الآخر

(والثانى)

أنه يمسكه بقسطه لأنه لم يبذل جميع العوض إلا في مقابلتهما فلا يؤخذ منه جميعه في مقابلة أحدهما **واختلف أصحابنا** في موضع القولين (فمنهم) من قال القولان فيما يتقسط العوض عليه بالقيمة فأما يتقسط العوض عليه بالاجزاء فانه يمسك الباقي بقسطه من الثمن قولا واحدا لان فيما يتقسط الثمن عليه بالقيمة ما يخص

(١) المجموع شرح المهذب ٣٧٩/٩

الجائز مجهول فدعت الضرورة إلى أن يجعل جميع الثمن في مقابلته ليصير معلوما وفيما يتقسط الثمن عليه بالاجزاء ما يخص الجائز معلوم فلا حاجة بنا إلى أن نجعل جميع الثمن في مقابلته (ومنهم) من قال القولان في الجميع وهو الصحيح لانه نص علي القولين في بيع الثمرة قبل أن تخرج الزكاة والثمار مما يتقسط الثمن عليها بالاجزاء (فان قلنا) يمسك بجميع الثمن لم يكن للبائع الخيار لانه لا ضرر عليه (وان قلنا) يمسك بحصته فهل للبائع الخيار فيه وجهان

(أحدهما)

أن له الخيار لانه تبعضت عليه الصفقة فيثبت له الخيار كما يثبت للمشترى

(والثانى)

لا خيار له لانه دخل على بصيرة لان الحر

لا يؤخذ منه بثمن

* وإن باع مجهولا ومعلوما (فان قلنا) لا تفرق الصفقة بطل العقد فيهما (وان قلنا) تفرق وقلنا انه يمسك الجائز بحصته بطل البيع فيه لان الذى يخصه مجهول (وإن قلنا) يمسكه بجميع الثمن صح العقد فيه

* وان جمع بين حلالين ثم تلف أحدهما قبل القبض بطل البيع فيه وهل يبطل في الباقي فيه طريقان

(أحدهما)

أنه على القولين في تفريق الصفقة لان ما يحدث من الهلاك قبل القبض كالموجود في حال العقد في ابطال العقد فوجب أن يكون كالموجود في حال العقد فيما ذكرناه

(والثانى)

لا يبطل إلا فيما تلف لان في الجمع بين الحلال والحرام انما بطل للجهل بالعوض أو للجمع بين الحلال والحرام في العقد ولا يوجد ههنا واحد منهما فعلى هذا يصح العقد في الباقي وللمشترى الخيار في فسخ العقد لانه تفرقت عليه الصفقة فان امضاء أخذ الباقي بقسطه من الثمن قولا واحدا لان العوض ههنا قابل المبيعين فانقسم عليهما فلا يتغير بالهلاك)

* (الشرح) تفريق الصفقة باب مهم يكثر تكرره والحاجة إليه والفتاوى فيه فأنا ألخص مقاصده وأوضحه إن شاء الله تعالى

* فإذا جمعت الصفقة شيئين فهو ضربان

(أحدهما)

أن تجمعهما في عقدين مختلفي الحكم وهذا هو الذي ذكره المصنف في الفصل الذي بعد هذا

(والثاني)

أن تجمعهما في." (١)

-٨٣

"(الشرح) المس الجنون قال العلماء من المفسرين وغيرهم قوله تعالى (الذين يأكلون الربا) معناه يتعاملون به بيعا أو شراء وإنما خص الأكل بالذكر لأنه معظم المقصود كما قال تعالى (إن

الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما) وقوله تعالى (لا يقومون) أي يوم القيامة من قبورهم (إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان) قال أهل التفسير واللغة التخبط هو الضرب على غير الاستواء ويقال خبط البعير إذا ضرب بأخفافه ويقال للرجل الذي يتصرف تصرفا رديئا ولا يهتدي فيه هو يخبط خبط عشواء وهي الناقة الضعيفة البصر قالوا فمعنى الآية أن الشيطان يصيبه بالجنون حين يقوم من قبره فيبعث مجنونا فيعرف أهل الموقف أنه من أكلة الربا (وأما) حديث ابن مسعود المذكور في الكتاب فصحيح رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وآخرون بأسانيد صحيحة قال الترمذي هو حديث حسن صحيح وهو من رواية عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه وقد قال يحيى بن معين إنه لم يسمع أباه ولكن قال علي بن المديني والأكثرون المحققون سمعه وهي زيادة علم ورواه مسلم في صحيحه من رواية جابر بن عبد الله رضي الله عنهما ووقع في المهذب وسنن أبي داود وشاهده بالإفراد وفي الترمذي وشاهديه بالتثنية (وأما) الأحكام فقد أجمع المسلمون على تحريم الربا وعلى أنه من الكبائر وقيل إنه كان محرما في جميع الشرائع وممن حكاه الماوردي والله سبحانه وتعالى أعلم

* (فرع)

قال الماوردي اختلف أصحابنا فيما جاء به القرآن من تحريم الربا على وجهين

(أحدهما)

أنه مجمل فسرته السنة وكل ما جاءت به السنة من أحكام الربا فهو بيان لمجمل القرآن نقدا كان أو نسيئة

(والثاني) أن التحريم الذي في القرآن إنما تناول ما كان معهودا للجاهلية من ربا النساء وطلب الزيادة في المال بزيادة الأجل وكان أحدهم إذا حل أجل دينه ولم يوفه الغريم أضعف له المال وأضعف الأجل ثم يفعل كذلك

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٨٠/٩

عند الأجل الآخر وهو معنى قوله تعالى (لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة) قال ثم وردت السنة بزيادة الربا في النقد مضافا إلى ما جاء به القرآن قال وهذا قول أبي حامد المروذي

* (فرع)

يستوي في تحريم الربا الرجل والمرأة والعبد والمكاتب بالإجماع ولا فرق في تحريمه بين دار الإسلام ودار الحرب فما كان حراما في دار الإسلام كان حراما في دار الحرب سواء جرى بين مسلمين أو مسلم وحربي سواء دخلها المسلم بأمان أم بغيره هذا مذهبنا وبه قال مالك." (١)

-٨٤

"إذا أتلف على رجل ذهبا مصوغا فإن كان نقد البلد من غير جنس المتلف مثل أن يكون نقد البلد فضة والمتلف ذهبا فإنه يقوم بنقد البلد ولا يكون ربا وإن كان نقد البلد من جنس المتلف مثل أن يكون جميعا ذهبا أو يكون فضة **فاختلف أصحابنا** فيه فمنهم من قال يقوم بغير جنسه وإن لم يكن من نقد البلد فعلى هذا لا يصح ما قالوه ومن أصحابنا من قال يوم بنقد البلد وإن كان من جنس المتلف بالغا ما بلغت قيمته وإن زادت على وزنه فعلى هذا يكون الفرق بين ضمان الإتلاف وضمان البيع من ثلاثة أوجه (أحدها) أنه إذا بذل في مقابلة الذهب المصوغ أكثر من وزنه كانت الزيادة في مقابلة الصياغة والصياغة إنما هي تأليف بعض الذهب إلى بعض والتأليف لا يأخذ قسطا من الثمن ألا ترى أنه لو باع دارا مبنية بثمن معلوم ثم انهدمت قبل تسليمها إلى المشتري فإن العقد لا ينفسخ ويقال للمشتري إما أن تأخذها بجميع الثمن أو تفسخ العقد وليس لك أن تسقط من الثمن جزءا لأجل زوال تأليف الدار فلم يصح قول مالك إن زيادة الثمن تكون في مقابلة الصياغة

(والثاني)

أنه لا يمتنع أن يجري التفاضل في قيمة المتلف ولا يجري في البيع ألا ترى أنه لو أراد أن يبيع درهما صحيحا بأكثر من درهم مكسر لم يجز ولو أتلف على رجل درهما صحيحا ولم يوجد له مثل فانه يقوم بالمكسر وان بلغت قميته أكثر من درهم ولا يكون ربا فدل على الفرق بين البيع والإتلاف (والثالث) أن الاتلاف قد يضمن به مالا يضمن بالبيع ألا ترى أن من أتلف حرا أو أم ولد لزمه قيمتها ولو باعها لم تصح ولم تجب عليه قيمتها فدل على الفرق بالضمانين وبطل اعتبار أحدهما بالآخر هذا كلام القاضي نقلته

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩/٣٩١

بلفظه لحسنه والله أعلم

* (فرع)

على تحريم التفاضل أيضا نقلت المالكية عن مالك أنه أجاز مبادلة الدنانير أو الدراهم الناقصة بالوازنة على وجه معروف يدا بيد كرجل دفع إلى أخ له ذهبا أو ورقا ناقصا أو طعاما مأكولا فقال له أحسن إلي أبدل هذا بأجود منه وأنفقه فيما ينفق قال الأبهري قال ذلك لأنه على وجه المعروف." (١)

٨٥-

"لا يؤكل ولا يشرب بحال أبدا لدواء ولا غيره فهو خارج من الربا ولم يذكر مثالا فبقي تحقيق مناط أن هذا هل يؤكل أو لا يؤكل وذكر الروياني أن اختيار القاضي الطبري أنه ربوي وعلله في المهذب بأن دهن السمك يأكله الملاحون ودهن بزر الكتان يؤكل أول ما يستخرج ثم يتغير بمرور الزمان عليه فهذه أقسام الدهن والماوردي رحمه الله سلك طريقا آخر فجعلها أربعة أضرب (أحدها) مأكولة مستخرجة من أصل مأكول كالذي ذكرناه في القسم الأول ففيها الربا اعتبارا بأنفسها وأصولها (الثاني) ما استخرج من غير مأكول وهو في نفسه غير مأكول كدهن المحلب والبان والكافور فلا ربا فيها (الثالث) ماهى في نفسها غير مأكولة عرفا كدهن الورد والخيري والياسمين لكنها

مستخرجة من أصل مأكول وهو السمسم ففي ثبوت الربا فيها وجهان وكذلك دهن السمك وأما دهن البذر والقرطم قال فقد اختلف أصحابنا في أصولها هل هي مأكولة يثبت الربا فيها أم لا على وجهين (فإن قلنا) فيها الربا ففي أدهانها وجهان لأنها من أصل مأكول (الرابع) ما استخرجت من أصول غير مأكولة لكنها بعد استخراجها دهنا مأكولا كدهن الخروع والقرع ففي ثبوت الربا فيها وجهان نظرا إلى أنفسها وأصولها (قلت) قوله في القرع سبقه إليه الصيمري ويعني به حب القرع نفسه فإنه مأكول وقول المصنف رحمه الله دهن اللوز يحتمل أن يكون مراده الحلو فيكونان جميعا من القسم." (٢)

٨٦-

"فقد اختلف أصحابنا هل يجوز بيع بعضه ببعض وزنا على وجهين

(أحدهما)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٨٦/١٠

(٢) المجموع شرح المهذب ١٨٧/١٠

لا لما فيه من مخالفة النص وتغيير العرف

(والثاني)

يجوز لكون الوزن فيه ثابتا عن الكيل للعلم بموافقته كم كان مكيال العراق ثابتا عن مكيال الحجاز لموافقته في المساواة بين المكيالين والذي نقله الروياني عن أصحابنا أنه لا يجوز لأنه يتوهم التفاضل والوهم كالحقيقة ثم نقل مع ذلك ما قاله الماوردي والذي جزم به القاضي حسين أنه لا يجوز بيع الحنطة بالحنطة وزنا

سواء تفاضلا في الكيل أو تساويا وأطلق صاحب الذخائر فيما إذا كانت قرية يباع الطعام فيها وزنا فباع بعضه ببعض موازنة وجهين (وقال) أصحهما المنع وهذا الإطلاق ليس بجيد ولعله أراد ما قاله الماوردي فإنه توهم جواز بيعها وزنا وإن تفاوتا في الكيل على وجه وليس كذلك والظاهر أنه لم يرد إلا ماقاله الماوردى

*." (١)

٨٧-

"واحد فأما إذا لم يميز بين الصغار والكبار ولكن أراد أن يبيع صاعين بصاعين فلا شك أنه يشتمل كل عوض على الصغار والكبار فما حكم العقد **اختلف أصحابنا** فمنهم من قال إذا كان بين أحد العوضين تفاوت لا يصح العقد وإن لم يكن متميزا والشرط في بيع مال الربا بجنسه أن تتساوى أجزاء كل واحد من العوضين لأن الاختلاف بين الأجزاء يقتضي أن يفرد البعض عن البعض وتحقيق المقابلة والتقسيط يؤدي ذلك إلى الربا وهو اختيار القاضي الإمام حسين ومن أصحابنا من قال إذا باع صاعا بصاع وفي كل واحد منهما صغار وكبار إن كان الصغار ظاهرة فيما بين الكبار بحيث يتعين ذلك." (٢)

٨٨-

"وغيرها ليس في معناها فلا يحسن إيرادها نقضا ومقصود الشيخ أبي حامد دفع النقض المذكور فقط بالفرق لا أن وصف علية الظن مصحح مطلقا والله أعلم

* واحتج المخالفون بالقياس الذي ذكره المصنف قال المزني وقال أيضا ولأنه إذا بيع الرطب بالرطب فهما متماثلان في كل حال لأنهما إذا بقيا يبسا جميعا ونقصا نقصانا واحدا وما يحصل بينهما من التفاوت في حال اليبس يسير معفو عنه بمنزلة النقصان الحاصل في التمر الحديث إذا بيع بعضه ببعض وربما أورد ذلك على جهة

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٨١/١٠

(٢) المجموع شرح المهذب ٣٧٣/١٠

النقض على علتنا فقالوا النقصان الذي ذكرتموه موجود في التمر الحديث بالتمر الحديث ومع هذا البيع جائز فانتقضت العلة (وأجاب) الأصحاب عن قياسهم على اللبن بما ذكره المصنف قالوا لأن التمر يصلح لما يصلح له الرطب وزيادة الادخار ولا يصلح الرطب لما يصلح له التمر واللبن

يصلح لأشياء كثيرة وإذا جبن أو جعل لباء أو غير ذلك لم يصلح لكل تلك الأشياء وليس للبن حالة أخرى ينتهي إليها بنفسه بخلاف الرطب وعن كلام المزني في أنهما يتساويان في النقصان إذا يبسا بما تقدم أن الأرطاب تتفاوت في اليبس فيؤدي إلى التفاضل في حال كمالها والتفاضل المحتمل هنا أكثر من الحاصل في الحديث فإن فرض أن التمر الحديث يتناهى في الجفاف بعد ذلك إلى حالة يظهر فيها التفاوت في الكيل فإنه لا يجوز بيع بعضه ببعض وهي المسألة ومع هذا لا يرد النقض المذكور (وأما) الشيخ أبو حامد فإنه أجاب عن النقض المذكور بأن العلة علتان مستنبطة ومنصوصة فالمستنبطة لا يجوز تخصيصها **واختلف أصحابنا** في المخصوصة فقيل كالمستنبطة وقيل لا يجوز تخصيصها لأن المستنبطة إنما جعلت علة لاطرادها والمنصوصة علة بالنص فجرت مجرى الاسماء إذا قام دليل على خصوصها تخصصت والنقص مندفع على كلا الطريقين لأنا وإن قلنا بأنه لا يجوز أن يخص فليست العلة مجرد النقصان وإنما هو نقصان قبل حالة الادخار قال صلى الله عليه وسلم (أينقص الرطب إذا يبس) وفي المسألة التي ذكروها نقصان يحدث بعد بلوغ حالة الادخار

* (فرع)

هذا القسم الذي تجفيفه غالب إذا جفف فلا خلاف في جواز بيع بعضه ببعض في حالة الجفاف إذا كان له معيار شرعي وإن لم يكن له معيار شرعي فيأتي فيه الخلاف فيما ليس بمكيل ولا موزون هل يجوز بيع بعضه ببعض أولا والذي يغلب على الظن أن كل ما." (١)

-٨٩

"أكثر من خمسة أوسق

(أحدهما)

لاكمن نكح أختين

(والثاني)

يصح في الخمسة ويبطل في الزائد وللمشتري الخيار (١) وقد علمت أن المزابنة بيع الرطب بالتمر والمحاقلة بيع

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٣٦/١٠

الزرع بالحنطة ثم ان سائر الثمار في شجرها بجنسها لا يجوز وسائر الزرع في سنبله كذلك **فاختلف أصحابنا** على ما حكاه الماوردي هل ذلك لدخولها في اسم المزابنة أو قياسا عليها (فأخذ الوجهين) وهو ظاهر مذهب الشافعي أن ذلك لدخول سائر الثمار في اسم المزابنة وسائر الزرع في اسم المحاقلة فكان تحريمه نصا لا قياسا (والوجه الثاني) وهو مذهب أبي علي بن أبي هريرة أن النص في المحاقلة والمزابنة يختص بالحنطة والنخل وسائر الزروع مقيسة على الحنطة في المحاقلة وسائر الثمار مقيسة على النخل في المزابنة فكان تحريمه قياسا لانصا قال القفال في شرح التلخيص المحاقلة بيع الزرع في الأرض بعد ما يعقد الحب بالحنطة وقال القاضي حسين المحاقلة بيع الحنطة المنقاة بالحنطة في السنابل وذلك لا يجوز وهو مشتق من الحقل وذلك اسم الأرض البيضاء والمزابنة بيع الرطب على الأشجار بالتمر على وجه الأرض فأما إذا با ع الحنطة على وجه الأرض بالقصل قبل أن يتسنبل أو قبل أن تشتد فيه الحبات فإنه يجوز لأنه بيع الحنطة بالحشيش وكذا لو با ع الحنطة على وجه الارض بالشعير ففى سنبله جاز وأما إذا با ع الشعير على وجه الأرض بالقمح في سنبله ففيه قولان كما بيع الغائب وقال مالك رحمه الله صورة المحاقلة

---

(١) بياض بالاصل." (١)

-٩٠

"خرصا بالزبيب كيلا واستدلوا له بأن النبي صلى الله عليه وسلم سوى بين الرطب والعنب في إيجاب العشر وفي سن الخرص فيهما قال الشافعي إن ألغينا قيد ظاهرة بادية كالأعذاق فيمكن خرصها والإحاطة بها ولم يذكر المصنف هذين المعنيين وإنما ذكر ادخار اليابس منه وامكان الخرص لانهما معنيين مناسبين للحكم المذكور وكل منهما شرط في تصوير المسألة ووفقنا على إلحاق العنب بالرطب المالكية وبعض الحنابلة وخالف في ذلك الليث بن سعد وأحمد بن حنبل وداود الظاهري قال الماوردي **واختلف أصحابنا** هل جازت في الكرم نصا وروينا عن زيد بن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا والعرايا بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب والثاني وهو قول ابن أبي هريرة وطائفة من البغداديين أنها جازت في الكرم قياسا (قلت) والمحاملي وبن الصباغ ممن جعلا ذلك نصا ولم أقف على النص الذى ذكروه في شئ من الأحاديث بل في رواية الترمذي ما يشعر بخلاف في ذلك أيضا وقال إن ذلك من باب القياس الجلي لأن جميع المعاني الموجودة في النخيل موجودة

---

(١) المجموع شرح المهذب ١١/٥١

في الكرم بل رواية الترمذي عن سهل بن أبي حثمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة التمر بالتمر إلا الاصحاب العرايا فإنه قد أذن لهم." (١)

-٩١

"مماسة النار (والوجه الثالث) حكاه الرافعي الجواز وكلامه يقتضي أنه مطلقا لإمكان ادخاره والذي عليه التعويل في تعليل المنع مطلقا أن العصير كامل وإذا نظرنا إلى مقدار من الدبس مقابلة مثله فلا يدرى كم في أحدهما من أجزاء العصير وكم في الدبس منه فكان كالدقيق بالدقيق نظرا إلى توقع تفاوت في كمال سبق للحب قال ولو قيل قد يخالف مكيال من الدبس مكيلا في الوزن لتفاوت في التعقيد لكان كذلك لكن لا معول عليه فإن المعقد يباع وزنا بالتعويل على ما قدمته من ملاحظة كما العصير لإمكان ادخاره ولتأثير مأخذ بعض العصير ليصير دبسا وقدر المأخوذ يختلف ومن فروع ما دخلته النار الحنطة المقلوة بمثلها وبالنيئة والزيت المغلى بمثله وبالنى كل ذلك لا يجوز..

قال المصنف رحمه الله تعالى

.

(**واختلف أصحابنا** في بيع العسل الصفى بالنار بعضه ببعض فمنهم من قال لا يجوز لان النار تعقد أجزاءه فلا يعلم تساويهما ومنهم من قال يجوز وهو المذهب لان نار التصفية نار لينة لا تعقد الأجزاء." (٢)

-٩٢

"أجزاؤه وثخن لم يجز بيع بعضه ببعض كما تقدم في الدبس والزيت وشبههما وإن كانت خفيفة بحيث أذيب وأخذ أول ما ذاب قبل أن تنعقد أجزاؤه جزم الشيخ أبو حامد والمحاملي والجرجاني بالجواز هذه طريقة الشيخ أبي حامد وتبعه المحاملي والجرجاني عليها وأما القاضي أبو الطيب فإنه قال إن صفي بالنار **اختلف أصحابنا** فيه كما قال المصنف سواء حكما وتعليلا وأطلق القول في ذلك وكذلك الماوردي والبغوي والرافعي وقال القاضي حسين إن قول المنع مخرج من قول الشافعي لا يجوز السلم في العسل المصفى بالنار ورد القاضي ذلك بأن السلم امتنع لأنه تعيب بدخول النار فيه والسلم في المعيب لا يجوز

وكذلك الفوراني رد ذلك بمثل ما قال القاضي حسين (وأظهر) الوجهين عند الرافعي الجواز ونسبه الماوردي إلى

---

(١) المجموع شرح المهذب ٧٢/١١

(٢) المجموع شرح المهذب ٩٥/١١

سائر أصحابنا وهو الأصح عند ابن الصباغ والقاضي حسين (وقال) الروياني إنه المذهب لأن المقصود من عصره تميز الشمع عنه ونار التمييز لينة لا تؤثر في التعقيد فأشبه المصفى بالشمس وممن صحح الجواز ابن عصرون وصاحب التتمة وهو الذي يقتضيه كلام الفوراني فإنه أطلق الجواز ثم ذكر." (١)

-٩٣

"بالنار شاملة لجميعها اللبأ وغيره وكذلك علة مخالطتها لغيرها ففي الجبن الإنفحة وفي الأقط الملح وفي المصل الدقيق وأما اللبأ فليس فيه إلا التأثر بالنار وكذلك حكى الإمام عن شيخه أنه ذكر أن أثر النار قريب وهو مشبه بالسكر في المعقودات وكذلك قال الرافعي إن في بيع اللبأ باللبأ وجهين كما في السكر بالسكر وما ذكره الإمام في تفسير اللبأ يحتاج إلى قيد آخر وهو أن يكون محلوبا عقيب الولادة بحسب ما نعرفه في بلادنا ولعل ذلك مراد الإمام من قوله أول الحلبة من الدرة الأولى ونقل العجلي عن صاحب المعتمد أنه قال لو دق المصل حتى أمكن كيله يجب أن يجوز بيع بعضه ببعض وبالبن ولعل مراده بالمصل مالا دقيق فيه أما إذا فرض فيه الدقيق فيتمتع ولا يتجه فيه الجواب والله أعلم.

وفي البحر أن بيع المصل بالمصل إنما لا يجوز لأنه لا يمكن كيلها فإن دقا جميعا حتى أمكن الكيل يجب أن يجوز بيع بعضه ببعض وبيعه بالبن أيضا قال وهذا عندي إذا لم يخالطه ملح فإن خالطه ملح فلا يجوز على ما ذكرنا بلا خلاف وادعى الإمام الاتفاق على امتناع بيع الجبن بالجبن وقال الماوردي إن الجبن بالجبن لا يجوز واختلف أصحابنا في العلة المانعة فقال ابن سريج لأن أصله الكيل وهو معتذر وقال غيره لأن فيه الإنفحة يجمد بها تمنع من التماثل فعلى هذا لو دق الجبن حتى صار فتيا وصار ناعما جاز بيع بعضه ببعض على قول ابن

سريج لإمكان كيله ولم يجز على قوله غيره لبقاء الإنفحة فيه والله أعلم.

قال الإمام وأجمع الأصحاب." (٢)

-٩٤

"لكان ربا العباس موضعا يوم أسلم (والجواب) أن العباس كان له ربا في الجاهلية من قبل إسلامه فيكفي حمل اللفظ عليه وليس ثم دليل على أنه بعد إسلامه استمر على الربا ولو اسلم استمراره عليه لأنه قد لا يكون

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩٨/١١

(٢) المجموع شرح المهذب ١٨٨/١١

عالما بتحريمه فأراد النبي صلى الله عليه وسلم إنشاء هذه القاعدة وتقريرها من يومئذ.

(فرع)

جريان الربا فيما ليس بمقدر من المطعومات على القول الجديد **اختلف أصحابنا** هل ثبت الربا بعلة الأصل أو بعلة الاشتباه فمن متقدمي أصحابنا من قال إنما جعل الشافعي فيه الربا بعلة الاشتباه لأنه قال وإنما حرمنا غير ما سمي رسول الله صلى الله عليه وسلم من المأكول المكيل والموزون لأنه في معنى ما سمى فجعل في المكيل والموزون الربا بعد الأصل ثم قال بعد هذا وما خرج من المكيل والموزون من المأكول والمشروب فقياسه على ما يؤكل ويكال أولى من قياسه على مالا يكال ولا يؤكل فجعله ملتحقا بالأصل من حيث الشبه وقال آخرون بل بعلة الأصل وإنما قال الشافعي ما احتج به الأولون ترجيحا للعلة (قلت) وهذا الذي قاله الآخرون هو الحق وهو مراد الشافعي." (١)

-٩٥

"(فرع)

هل يحرم أكل الطين قال الروياني **اختلف أصحابنا** منهم من قال يحرم الطين قليله وكثيره وهو اختيار مشايخ طبرستان الإمام أبي عبد الله الحناطي وأبي علي الزجاجي والإمامين جدي ووالدي رحمهم الله واختاره القفال المروزي ومنهم من قال لا يحرم ولكن يكره وهو اختيار مشايخ خراسان وهذا إذا لم يضر لقلته فإن كان كثيرا يضر فهو حرام وبه أفتي وسمعت الشيخ الحافظ البيهقي بنيسابور يقول لم يصح نص عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في تحريم قليله وهذا هو الصحيح عندي انتهى كلام الروياني في البحر.

وذكر الأولون حديثا لم أستحسن نقله لنكارته ثم بدا لي

أن أقوله وأنبه عليه قال احتجوا بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال (أكل الطين حرام على أمتي) وروي (إذا أبغض الله عبدا ألهمه أكل الطين ونتف اللحية) (فائدة) أربع مسائل خلافية ترجع إلى أصل واحد بيننا وبين أبي حنيفة بيع كف حنطة بكفي حنطة وسفرجلة بسفرجلتين والجص بالجص متفاضلا والحديد بالحديد متفاضلا والمسألتان الاولتان ممتنعتان عندنا جائزتان عنده والأخريان بالعكس وذلك أن العلة عنده في النقدين قيم الوزن وفي الأربع الكيل فيتعدى إلى كل موزون ومكيل وعندنا العلة في النقدين كونهما قيم الأشياء غالبا فلا يتعدى إلى غيرهما وفي الاربعة (١) فتعدت إلى المطعوم دون المكيل والله أعلم.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٣٠/١١

(فرع)

الشعير في سنبله لا يقدر فإذا فرعنا على القديم الوجه عندي منع بيع بعضه ببعض فإنه من جنس ما يقدر ولا ينظر إلى حاله هذه وليس كالجوز مادام صحيحا وهذا تفريعا

---

(١) كذا بالاصل فحرر." (١)

-٩٦

"غير الثمار وإن لم يكن ذلك في ترجمة الشافعي التي هي مقتصرة على الثمار كالزروع والخوابى والمعادن وغيرها وقد تعرض الشافعي في مسائل الباب إليها وقدم المصنف الكلام في بيع الارض لانه مستلزم لبيع الاصول المستلزم لبيع الثمار وهو في كلام الشافعي مذكور في أثناء الباب ولا يستنكر كون الداخل في عقد البيع يسمى مبيعا لأنه إنما انتقل بحكم البيع والله أعلم.

وقد رأيت الترجمة الأولى

وهي أن بيع الأصول لغير المصنف وهو أبو بكر أحمد بن بشري المصري في كتابه المسمى بالمختصر المنبه من علم الشافعي.

قال المصنف رحمه الله.

(إذا باع أرضا وفيها بناء أو غراس نظرت فان اقل بعتك هذه الارض بحقوقها دخل فيها البناء والغراس لانه من حقوقها وان لم يقل بحقوقها فقد قال في البيع يدخل وقال في الرهن لا يدخل **واختلف أصحابنا** فيه على ثلاث طرق (فمنهم) من قال لا يدخل في البيع لان الارض ليست بعبارة عن الغراس والبناء وتأول قوله في البيع عليه إذا قال بحقوقها (ومنهم) من نقل جوابه في الرهن إلى لبيع وجوابه في البيع إلى الرهن وجعلهما على قولين

(أحدهما)

لا يدخل في الجميع لان الارض اسم للعرصة." (٢)

-٩٧

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٣٨/١١

(٢) المجموع شرح المهذب ٢٤٧/١١

"قال المصنف رحمه الله تعالى

.

(وأما الماء الذى في البئر **فاختلف أصحابنا** فيه فقال أبو إسحق الماء غير مملوك لانه لو كان مملوكا لصاحب الدار لما جاز للمستأجر شربه لانه اتلاف عين فلا يستحق بالاجارة كثمرة النخل

والواجب أن لا يجوز للمشتري رد الدار بالعيب بعد شربه كما لا يجوز رد النخل بعد أكل ثمرته فعلى هذا لايدخل في بيع الدار غير أن المشتري أحق به لثبوت يده على الدار وقال أبو علي ابن أبي هريرة هو مملوك لمالك الدار وهو المنصوص في القديم وفى كتاب حرملة لانه من ماء الارض فكان لمالك الارض كالحشيش فإذا باع الدار فان الماء الظاهر للبائع لايدخل في بيع الدار من غير شرط وما يظهر بعد العقد فهو للمشتري فعلى هذا لا يصح البيع حتى يشترط أن الظاهر من الماء للمشتري لانه إذا لم يشترط اختلط ماء البائع بماء المشتري فينفسخ البيع.." (١)

-٩٨

"(أما) الأحكام فقال الأصحاب تبعا للشافعي إذا كان في النخل فحول فإما أن تفرد الفحول بالبيع وإما

أن يبيعهما معا فإن أفرد الفحول بالبيع فإما أن يكون قد تشقق شئ من طلعها أولا فان تشقق شئ من طلعها فالمثرة للبائع بلا شبهة وإن لم يكن تشقق شئ ثمن طلعها (فأحد) الوجهين أنه للمشترى هو الصحيح وقال المصنف في التنبيه والشيخ أبو حامد في تعليقه إنه المنصوص وادعى بعضهم أنه ليس في المسألة نص (ومن أصحابنا) من قال للبائع مستدلا بأن ظهور طلع الفحال بمنزلة تشقق طلع الإناث لأنه ليس له ثمرة غيره بخلاف طلع الإناث فإن المقصود ما في جوفه فإذا لم يظهر بالتشقق يكون للمشتري وهذا أصح عند الماوردي والجرجاني في التحرير ورد الأصحاب ذلك بأن المقصود من طلع الفحال ليس هو الأكل بل الكش الذي يلقح به وهو غير ظاهر فهو كالإناث في التشقق سواء قال الماوردي هذان الوجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا في طلع الإناث هل يقاس على الحمل قياس تحقيق أو قياس تقريب قال بعضهم قياس تحقيق فعلى هذا لا يصير طلع الفحال مؤبرا إلا بالتشقق وقال آخرون بل قياس تقريب اعتبارا بالعرف فعلى هذا يصير طلع الفحال مؤبرا اعتبارا بالعرف اه ولو كان قد تشقق شئ من طلع الإناث وأفرد الذكور بالبيع وهي غير

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٨١/١١

مؤبرة ففيها وجهان كالوجهين الآتيين فيما إذا أفرد ما لم يؤبر بالبيع قاله الفوراني وأما إذا جمع في العقد بين الفحول والاناث فان كان قد تشقق شئ من طلع الإناث فطلع الكل للبائع على الوجهين اتفاقا (أما) على الصحيح فلأن الكل كطلع الإناث وأما على الوجه الآخر فإن طلع الإناث تشقق وطلع الفحال له بكل حال وقد جزموا على الصحيح ههنا أن طلع الفحول يتبع طلع الإناث وكان ينبغي أن يأتي فيها وجه بأن طلع الفحال للمشتري بناء على أن أحد النوعين لا يستتبع لآخر كما سنحكيه عن القاضي حسين والإمام في القسم الآخر لغير المشتقق فيه فهو كجنس آخر وهذا الكلام منه كالصريح بجريان الخلاف وقال الجوزى إذا كان فيها فحول فقد اختلف أصحابنا فقال أبو حفص إنما جعلت الفحول تابعة لانها للاقل فالنادر يدخل في الغاصب ولأن الغرض من طلع الفحال أكله غالبا فاستوى المؤبر منه وغيره إذا تشقق شئ من الإناث فباقي الحائط وذكوره وإناثه." (١)

-٩٩

"المراد القشرة العليا دون السفلى بل تعليل الشافعي رضي الله عنه بأن صلاحه في بقائه يفهم أن ما ليس صلاحه في بقائه لا يكون للبائع إلا إذا زال عنه وقشرة الجوز واللوز العليا من هذا القبيل فإن كانت تشقق عنه وهو على الشجر فينبغي أن يكون الأمر كما قال الشيخ أبو حامد وتغليط القاضي أبي الطيب غير متجه لكني أقول إن تشقق القشرة العليا من على الجوز واللوز إنما يكون بعد يبسه ونهايته وكثيرا ما يؤخذ من على الشجر مع قشرته كاللوز العاقد والرانج أيضا كثيرا ما يؤخذ في قشرته بعد نهايته بل العادة مطردة في كل ماله قشران فليس هو كثمرة النخل قبل التأبير فينبغي أن يكون للمشتري كما يقتضيه إطلاق النص وإن كان للتأويل فيه محتمل والله أعلم.

واعلم أن اللوز إذا كان أخضر صغيرا يؤكل في قشرته ويجوز بيعه مع تلك القشرة كما ذكره القاضي حسين لأنه مقصود كاللب سواء مع ذلك المنصوص كما تقدم أنه يدخل في بيع الأصل فكأنهم شبهوه بالطلع في اللوز إذا كان صغيرا فإنه يؤكل كله ولا ينقطع من التبعية حتى يظهر من اللوز والله أعلم.

وقد نقل إما الحرمين عن العراقيين ما ذكرناه عن الشيخ أبي حامد وذكر عن صاحب التقريب خلافه وكأنه لما وقف على كلام الشيخ أبي حامد نسب ذلك إلى العراقيين وقد عرفت كلامهم وهذا وهم منه ونص الشافعي على خلاف ذلك وأورد ابن الرفعة على أبي حامد أنه يقول بأن ماله نور يكون للبائع بخروج نوره وهذا منه

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٥٤/١١

فإذا انعقد كان للبائع بطريق الأولى قال إلا أن يقال في الجواب إن ذلك قاله في ثمرة تخرج في جوف نور والجوز ليس كذلك فان البند نيجى قال إنه يورد أولا وردا لا تخرج الثمرة من جوفه بل يذهب الورد وينعقد بعد ذهابه ثمرة كهيئة التين أول ما يطلع وسيأتي في الضرب الرابع كلام عن البند نيجى يتعلق بهذا الضرب في اللوز..

قال المصنف رحمه الله تعالى

.

(والرابع ما يكون في نور يتناثر عنه النور كالتفاح والكمثرى **فاختلف أصحابنا** فيه فقال أبو إسحق والقاضي أبو حامد هو كثمرة النخل إن تناثر عنه النور فهو للبائع وان لم يتناثر عنه فهو للمشترى وهو ظاهر قوله في البويطي واختيار شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله لأن استتارها بالنور كاستتار الثمر في الطلع وتناثر النور عنها كتشقق الطلع عن الثمرة فكان في الحكم مثلها وقال الشيخ أبو حامد الاسفراييني هو للبائع وان لم يتناثر النور عنها لان الثمرة قد ظهرت بالخروج من الشجر واستتارها بالنور." (١)

-١٠٠

"* (فرع)

* لا خلاف أن فعل التصرية بهذا القصد حرام لما فيها من الغش والخديعة والخداع محرم في الشريعة قطعا وهل يختص اثم فاعله بحاله علم التحريم أولا لأنه ظاهر المفسدة قال ابن الرفعة يشبه أن يكون الكلام فيه كما في النجش (قلت) والذي اختاره الرافعي في النجش تخصيص

معصية الناجش ممن عرف التحريم بعموم أو خصوص وحكى البيهقي من كلام الشافعي ما يقتضي ذلك والله أعلم

* وهذا الذي ذكرت من نفي الخلاف في تحريم التصرية هو المشهور بين أصحابنا وغيرهم وحكى الشيخ أبو حامد صاحب العدة عن أبي حنيفة جوازه ولو حصلت التصرية لغير قصد البيع قد رأيت في كلام بعض الأصحاب أنها حرام وينبغي أن يحمل ذلك على ما إذا كانت تضر بالحيوان أما إذا لم يحصل ضرر بالحيوان ولا يلتبس على أحد فلا معنى للتحريم وبعض الأصحاب الذي أشرت إليه هو صاحب التتمة فإنه لما تكلم في إلباس العبد ثوب الكتان فرق بينه وبين النصرية (قال) إلباس ثوب الكتان من غير قصد البيع ممنوع بالشرع

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٧٥/١١

بل للسيد أن يلبس عبده كل ما يحل لبسه (وأما) ترك حلب اللبن من غير قصد اللبن ممنوع عنه بالشرع ويجب حمل ذلك على ما ذكرته * قال المصنف رحمه الله

*

* (واختلف أصحابنا في وقت الرد فمنهم من قال يتقدر الخيار بثلاثة أيام فان علم بالتصرية فيما دون الثلاثة كان له الخيار في بقية الثلاث للسنة (ومنهم) من قال إذا علم بالتصرية ثبت له الخيار على الفور فان لم يرده سقط خياره لانه خيار ثبت لنقص فكان على الفور كخيار الرد بالعيب)

*

*

* (الشرح)

* الذى قال بتقدر الخيار ثلاثة أيام هو القاضي أبو حامد المروروذي وعليه نص الشافعي في اختلاف العراقيين في باب الاختلاف في العيب في الجزء الخامس عشر من الأم (قال)." [1]

-١٠١

*"

قال المصنف رحمه الله تعالى

*

* (فان اختار رد المصراة رد بدل اللبن الذى أخذه واختلفت الرواية فيه فروي أبو هريرة " صاعا من تمر " وروى أبن عمر " مثل أو مثلى لبنها قمحا " واختلف أصحابنا فيه (فقال) أبو العباس ابن سريج يرد في كل بلد من غالب قوته وحمل حديث أبي هريرة على من قوت بلده التمر وحديث ابن عمر علي من قوت بلده القمح كما قال في زكاة الفطر " صاعا من تمر أو صاعا من شعير " وأراد التمر لمن قوته التمر والشعير لمن قوته الشعير (وقال) أبو إسحق الواجب صاع من التمر لحديث ابى هريرة وتأول حديث ابن عمر عليه إذا كان مثل لبنها من القمح أكثر قيمة من صاع من التمر فتطوع به)

*

*

(١) المجموع شرح المهذب ٣١/١٢

* (الشرح)

* رواية أبي هريرة وابن عمر تقدم بيانهما وأن الرواية إلى ابن عمر غير قوية (أما) الأحكام فالمشتري للمصراة إما أن يختار إمساكها وإما أن يختار ردها وإذا اختار الرد فإما قبل الحلب وإما بعده وإذا كان بعده فإما مع بقاء اللبن وإما بعد تلفه فهذه أربعة أحوال سكت المصنف عن الحالتين الأولتين لسهولة الأمر فيهما وذكر الحالتين الاخرتين احداها في هذه القطعة من الفصل والأخرى في القطعة التي ستأتي في كلامه إن شاء الله تعالى فلنذكر الاحوال الثلاث ونقدم الصورة التي فرضها المصنف وهي ما إذا أراد ردها (وصورة) المسألة إذا كان ذلك بعد الحلب وكان اللبن تالفا فقد اتفق الأصحاب على جواز ردها ورد بدل اللبن ولا يخرج ردها على الخلاف في تفريق الصفقة لتلف بعض المبيع وهو اللبن اتباعا للأخبار الواردة في الباب على أن اللبن على رأي لا يقابله قسط من الثمن وسيأتي في الحالة الثالثة تحقيق النقل في هذا الرأي ولا أعلم أحدا حكى خلافا في جواز الرد إلا ابن أبي الدم فإنه قال فيه وجه حكاه الإمام أنه إذا حلب اللبن فتلف امتنع عليه رد الشاة قياسا على رد العبد القائم بعد تلف الآخر ولا وجه لهذا الوجه مع الحديث (قلت) وهذا الوجه لم أقف." (١)

-١٠٢

"عليها كلام أبي الطيب أنه إن كان الخيار لهما أو للبائع وحده انفسخ قولا واحدا وإن كان للمشتري وحده (فإن قلنا) الملك له فوجهان وإلا لم ينفسخ وقال القاضي أبو الطيب إن الذي نص عليه الشافعي رحمه الله في كتبه أن البيع ينفسخ ويجب على المشتري قيمته قال القاضي أبو حامد وقال الشافعي في كتاب الصداق يلزمه الثمن واختلف أصحابنا فمنهم من قال يلزمه القيمة والذي قال من الثمن ليس بثابت قال أبو الطيب ويحتمل أن يكون أراد بالثمن القيمة لأن الشافعي يعبر عن القيمة بالثمن في مواضع كثيرة ومنهم من قال ما تقدم وادعى ابن الرفعة أن أكثر نصوص الشافعي على الانفساخ وذكر نصوصا تدل على ذلك من الجزء الثامن والعاشر من باب الدعوى في المبيع ومن باب دعوى الولد فيه وقد رأيت أنا في الجزء الخامس عشر أيضا أنه إذ باع العبد بالخيار ثلاثا أو أقل وقبضه فمات في يد المشتري فهو ضامن لقيمته وإن منعنا أن نضمنه ثمنه أن البيع لم يتم فيه قال الشافعي وسواء في ذلك كان الخيار للبائع أو للمشتري لأن البيع لم يتم فيه حتى مات وقد حكى عن نصه في الصداق أن المبيع إذا تلف في يده زمن الخيار يلزمه الثمن وبذلك قال

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٢/٤٨

المتولي حصل قولان في المسألة وهو في ذلك تابع للقاضي حسين والنص المتقدم يدل على أن الانفساخ في الأحوال الثلاثة إذا كان الخيار للمبتاع أو للبائع أو لهما فهذه خمس طرق والطريقة الأولى أفقه ولكن تصحيح عدم الانفساخ من الوجهين فيها فيه

نظر والنصوص التي للشافعي ليس فيما وقفت عليه منها ما فيه تصريح بالانفساخ ولا بعدمه بل الأكثر الذي تمسك به ابن الرفعة والذي رأيته في الأم فيه إيجاب القيمة والنص المعارض له فيه إيجاب الثمن فأكثر النصوص تدل لأحد أمرين (إما) القول بالانفساخ الذي هو أحد الوجهين من الطريقة الأولى كما ادعاه ابن الرفعة (وإما) الطريقة التي نقلها الإمام عن العراقيين (وقلت) إن مقتضى كلام." (١)

-١٠٣

"إمساك النتائج

* وأبو حنيفة رحمه الله خالفنا في الرد ومعتمدنا في جواز الرد وجود العيب

* وفي إمساك الفوائد الحديث فإن الخراج يشمل كل ما خرج عينا كان أو منفعة وقد ورد في رواية أخرى أن الغلة بالضمان والغلة تشمل الثمرة وغيرها

* والمصنف رحمه الله جعل الدليل في ذلك القياس على غلة العبد

التي ورد النص فيها

* وأبو حنيفة يسلم الحكم فيها قبل القبض ومالك رحمه الله يسلم الحكم فيها مطلقا ومعتمد المخالفين أمران

(أحدهما)

أن الفسخ رفع للعقد من أصله وهذه قاعدة ينبني عليها فروع هذا الفصل وقد **اختلف أصحابنا** فيها والمذهب (الصحيح) وبه قال ابن سريج أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله لأن العقد لا ينعلف حكمه على ما مضى فكذلك الفسخ وبدليل أنه لا يسقط به الشفعة ولو انفسخ من الأصل لسقطت ولأنه لو با ع عبد الجارية فأعتق الجارية ثم رد العبد بالعيب لم يبطل العتق به ولو كان فسخا من الأصل لبطل ولا فرق في ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده

* وفيه وجهان آخران

(أحدهما)

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٢/١٢٨

أنه إن اتفق قبل القبض يرفعه من أصله لأن العقد ضعيف بعد فإذا فسخ فكأنه لا عقد يخالف ما بعد القبض ولا فرق في ذلك كما اقتضاه كلام الإمام بين أن يكون العيب مقارنا للعقد أو حدث قبل القبض قال ابن الرفعة وفي الثاني نظر كيف يتقدم على سببه ولعل ذلك لأن ما قبل القبض ملحق بما قبل العقد في الضمان وفي ذلك أيضا

(والثاني)

أنه يرفعه من أصله مطلقا تخريجا من القول بوجوب مهر المثل إذا فسخ النكاح بعيب حدث بعد المنتبش وهذا الوجه حكاه الرافعي عن التتمة هكذا وهو في التتمة لكن ليس فيها التصريح بقوله مطلقا ومراد الرافعي بالإطلاق بالنسبة إلى ما قبل القبض وبعده (وأما) بالنسبة إلى العيب المقارن والطارئ فلم يتعرض لذلك وفي التتمة توجيه الوجه الذي حكاه بأن سبب الفسخ قارن العقد وهو العيب فيستند الحكم إليه ويجعل كأنه جمع في العقد بين موجود ومعدوم حتى يصير كأن العقد لم يكن قال ابن الرفعة وهذا من كلام يقتضي اختصاص هذه الطريقة بالعيب المقارن وفي العيب الحادث يعني قبل القبض إذا فسخ به بعد القبض ينبغي أن يضاف الفسخ تفريعا عليها إلى وقت حدوث العيب لا إلى أصل العقد كما نقله عن بعض الأصحاب في فسخ النكاح (قلت) وهذا جوابه ما قدمه هو من التسوية بين ما قبل القبض وما قبل العقد كما اقتضاه كلام الإمام رحمه الله من التسوية بين العيب المقارن والطارئ في جريان الخلاف قبل القبض." (١)

-١٠٤

"درهم كذا إذا قال بعتك هذا العبد فخرج مقطوع اليد (قلت) ولو صح هذا التشبيه لوجب أن يجرى خلاف في صحة البيع كما في مسألة الصبرة وقول المصنف كالجزء إلى آخره إذا جنى عليه جناية ليس لها أرش مقدر فإن نفيها من ديته فنقول هذا لو كان عبدا صحيحا قيمته كذا ولو كان عبدا مع هذه الجراحة قيمته كذا فما بين القيمتين يؤخذ بنسبته من الدية والمصنف في ذلك تابع للشيخ أبو حامد (فائدة) ادعى ابن الرفعة أن كلام الإمام في باب المرابحة يدل على أن الأرش في مقابلة سلطنة الرد وفي غير ذلك يدل على أنه جزء أن ذلك مناقضة وليس الأمر كما قال لمن تأمل كلام الإمام وقد أشرت إلى ذلك وذكرت تأويله

*

* (فرع)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٠٢/١٢

* مقتضى كلام المصنف وغيره أنه إذا لم تنقص القيمة لا رجوع بالأرش فإذا اشترى عبدا ووجده خصيا بعد أن وجد ما يمنع الرد فلا رجوع بالأرش أصلا وبه صرح الإمام والغزالي في البسيط والرافعي قال ابن الرفعة إلا أن يكون الاطلاع قبل الاندمال والجراح متألمة فإن قيمته قد تنقص فإن لم تنقص أيضا انسد طريق الارش *

* (فرع)

* مع قولنا بأن الأرش جزء من الثمن فالمشهور القطع بأنه لا يبطل العقد بأخذه وفي شرح الفروع للقاضي أبي الطيب في كتاب السلم إذا اشترى حنطة معيبة بعبد معين وتسلم الحنطة وسلم العبد وأعتقه ثم وجد بالعبد عيبا قدر الأرش ورجع بقدره من الحنطة وانتقض البيع فيه وهل ينتقض في الباقي **اختلف أصحابنا** فمنهم من قال على القولين في تفريق الصفقة إذا كان العقد لم ينعقد في البعض هكذا عبارته والأولى أن يخرج ذلك مع بعده على تفريق الصفقة في الدوام فإنه انتقاص طارئ لا بطريق التعيين وقد تقدم البحث في ذلك وسيأتي له تتمة وإنما أوجب هذا الإشكال الذي قدمت التنبيه عليه فانظر كيف آل التفريع إلى أن جعل أخذ الأرش مبطلا للعقد بل بمجرد الاطلاع على العيب
*." (١)

-١٠٥
"* (الشرح)

* إذا زال ملكه عن المبيع رو والا يمكن عوده ثم علم بالعيب فلا خلاف أنه لا يرد في الحال وأما الرجوع بالأرش فإن زال بعوض كالبيع كما مثل المصنف فقولان (أشهرهما) وهو الذي قطع به المصنف في هذا الكتاب وشيخه أبو الطيب وشيخ شيخه أبو حامد والماوردي والمحاملي وابن الصباغ والجرجاني والشاشي وابن أبي عصرون من العراقيين والقاضى حسين والفوراني والبغوي من الخراسانيين إنه ليس له المطالبة بالأرش وبه قال جمهور العلماء وهو الذي نص الشافعي عليه في المختصر فقال ولو باعها أو بعضها ثم علم لم يكن له ان يرجع على البائع بشئ **واختلف أصحابنا** في علة هذا القول فقال ابو اسحق وابن الحداد لأنه استدرك الظلامة

(١) المجموع شرح المهذب ٢٥٤/١٢

وروج كما روج عليه وتخلص منه ونسبه ابن الصباغ إلى غيرهما أيضا وقال ابن أبي هريرة لأنه ما أيس من الرد فربما يعود إليه ويتمكن من رده وهذا أصح المعنيين عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والمحاملي قال الرافعي ورأيته منصوصا عليه في اختلاف العراقيين (قلت) وهو كذلك في باب الاختلاف في العيب قال الشافعي إذا اشترى الجارية أو الثوب فباع نصفها ثم ظهر منها على عيب لم يكن له أن يرد النصف ولا يرجع على البائع بشئ من نقص المعيب يقال له ردها أو احبس وإنما يكون له أن يرجع بنقص العيب إذا ماتت أو أعتقت فصارت لا ترد بحال أو حدث عنده بها عيب فصار ليس له أن يردها عليه بحال فأما إذا باعها أو با ع بعضها فقد يمكن أن يردها فيلزم ذلك البائع لم يكن له أن يردها ويرجع بنقص العيب كما لا يكون له أن يمسكها بيده ويرجع بنقص العيب انتهى وسيأتي من نصه في البويطي ما يشهد لقول أبي إسحاق في المعنى الذي علل به واعترضوا على علة ابى اسحق بأن غير البائع له لا يتخير بعيبه لغيره (القول الثاني) وهو من ترجيح ابن سريج له الأرش وبه قال ابن الحسن وابن أبي ليلى وهو الأصح عند المالكية وهذا القول حكاه المصنف في التنبيه فقال وقيل يرجع وليس شئ وهذه التضعيفة تقتضي أنه وجه فإن عنده أن الأقوال المخرجة لا تنسب إلى الشافعي وهذا مخرج خرجه ابن سريج والناقلون له قليل منهم لامام كما سنحكيه عنه والغزالي (١) وحكى ابن داود أن صاحب التقريب

حكاه عن أصحابنا وقال الرافعي في رواية البويطي ما يقتضيه قال ابن الرفعة وهو صحيح إذ في مختصره إذا اشترى الرجل العبد فباع نصفه ثم أصاب عيبا فليس له أن يرجع بما نقص العيب إلا أن يرده جميعا وقد قيل يخير البائع فإذا أراد أن يأخذ النصف الذي في يديه فيكون شريكا له به للمشترى ممن

---

(١) بياض بالاصل فحرر." (١)

-١٠٦

"فإن قلنا ان الثمن مائة وعشرة فهو بالخيار بين أن يمسك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ، لانه دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال.

وهذا أكثر من رأس فثبت له الخيار.

وان قلنا ان الثمن تسعة وتسعون فهل يثبت له الخيار؟ **اختلف أصحابنا** فيه فمنهم من قال فيه قولان

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٩٣/١٢

(أحدهما)

أن له الخيار، لانه ان كان قد أخطأ في الخبر الاول لم يأمن أن يكون قد أخطأ في الثاني، وأن الثمن غيره، وان كان قد خان في الاول فلا يأمن أن يكون قد خان في الثاني، فثبت له الخيار (والقول الثاني) وهو الصحيح أنه لا خيار له، لان الخيار انما يثبت لنقص وضرر، وهذا زيادة ونفع، لانه دخل على أن الثمن مائه وعشرة وقد رجع إلى تسعة وتسعين، فلا وجه للخيار.

ومنهم من قال: ان ثبتت الخيانة بإقرار البائع لزم المشترى تسعة وتسعون ولا خيار له، وان ثبتت بالبينة فهل له الخيار أم لا؟ فيه قولان، لانه إذا ثبتت بالاقرار دل على أمانته، فلم يتهم في خيانة أخرى.

وإذا ثبتت بالبينة كان متهما

في خيانة أخرى فثبت له الخيار.

قال أصحابنا: القولان إذا كانت العين باقية، فأما إذا تلفت العين فانه يلزم البيع بتسعة وتسعين قولا واحدا، لانا لو جوزنا له فسخ البيع مع تلف العين رفعنا الضرر عنه وألحقناه بالبائع، والضرر لا يزول بالضرر، ولهذا لو هلك المبيع عنده ثم علم به عيبا لم يملك الفسخ، فإن قلنا لا خيار له، أو قلنا له الخيار فاختار البيع فهل يثبت للبائع الخيار؟ فيه وجهان

(أحدهما)

يثبت له الخيار، لانه لم يرض الا الثمن المسمى وهو مائة وعشرة، ولم يسلم ذلك

(والثانى)

لا خيار له لانه رضى برأس المال وربحه وقد حصل له ذلك (الشرح) قوله " فالبيع صحيح " هذا قول عند الاصحاب أو وجه، وعند الحنابلة كراهة بعض ما مر جوازه عند الشافعية وأصحاب أبي حنيفة.

قال ابن قدامة في المغنى: وان قال بعتك برأس مالى فيه، وهو مائة، وأربح في كل عشرة درهما.

أو قال: ده يازده أو ده داوزده فقد كرهه أحمد، وقد رويت كراهته." (١)

-١٠٧

"قال ابن القصار من المالكية: اختلف أصحابنا في قول مالك " ولكن من حط سعرا " فقال البغداديون: أراد من باع خمسة بدرهم والناس يبيعون ثمانية، وقال قوم من البصريين: أراد من باع ثمانية، والناس يبيعون

(١) المجموع شرح المهذب ١٣/١٠

خمسة فيفسد على أهل السوق بيعهم، وربما أدى إلى الشغف والخصومة.
قال: وعندي أن الامرين جميعا ممنوعان، لان من با ع ثمانية – والناس يبيعون خمسة – أفسد على أهل السوق بيعهم، وربما أدى إلى الشغب والخصومة فمنع الجميع مصلحة.
قال أبو الوليد الباجى: ولا خلاف أن ذلك حكم أهل السوق.
وأما الجالب، ففى كتاب محمد – يعنى ابن الحسن – لا يمنع الجالب أن يبيع في السوق دون بيع الناس.
وقال ابن حبيب: ما عدا القمح والشعير يسعر الناس وإلا رفعوا، وأما جالب القمح والشعير، فيبيع كيف شاء، الا أن لهم في أنفسهم حكم أهل السوق، ان أرخص بعضهم تركوا، وان أرخص أكثرهم، قيل لمن بقى اما أن تبيع كبيعهم، واما أن ترفعوا.
قال ابن حبيب: وهذا في المكيل والموزون، مأكولا كان أو غيره، دون مالا يكال ولا يوزن، لانه لا يمكن تسعيره، لعدم التماثل فيه.
قال أبو الوليد: هذا إذا كان المكيل والموزون متساويا، فإذا اختلف لم يؤمر صاحب الجيد أن يبيعه بسعر الدون.
وأما المسألة الثانية التى تنازعوا فيها من التسعير، فهى أن يحد لاهل السوق حدا لا يتجاوزونه مع قيامهم بالواجب فهذا منع منه الجمهور.
حتى مالك نفسه
في المشهور عنه.
ونقل المنع أيضا عن ابن عمر وسالم والقاسم بن محمد.
وروى أشهب عن مالك في صاحب السوق يسعر على الجزارين: لحم الضأن بكذا ولحم الابل بكذا.
والا أخرجوا من السوق.
قال: إذا سعر عليهم قدر ما يرى من شرائهم فلا بأس به.
ولكن أخاف أن يقوموا من السوق.
واحتج أصحاب هذا القول بأن في هذا مصلحة للناس بالمنع من اغلاء السعر عليهم ولا يجبر الناس على البيع.

وانما يمنعون من البيع بغير السعر الذى يحده ولى الامر على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمشترى.." (١)

-١٠٨

"قال الشافعي في باب جماع السلف في الوزن: والميزان مخالف للمكيال في بعض معانيه والميزان أقرب من الاحاطة وأبعد من أن يختلف فيه أهل العلم من المكيال، لان ما يتجافى ولم يتجاف في الميزان سواء: لانه إنما يصار فيه كله إلى أن يوجد بوزنه، والمتجافي في المكيال يتباين تباينا بينا فليس في شئ مما يوزن اختلاف في الوزن، ثم قال الشافعي: فإن قال

قائل: كيف كان يباع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم؟ قلنا: الله أعلم، أما الذي أدركنا المتبايعين به عليه، فأما ما قل منه فيباع كيلا والجملة الكثيرة تباع وزنا، ودلالة الأخبار على مثل ما أدركنا الناس عليه.

قال عمر رضي الله عنه: لا آكل سمنا ما دام يباع بالأواقي، وتشبه الأواقي أن تكون كيلا.

اه قال المصنف رحمه الله:

(فصل)

إذا باعه سلعة بثمن في الذمة ثم اختلفا فقال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن، وقال المشتري.

لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع، فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال.

فيه ثلاثة أقوال.

أحدها يجبر البائع على إحضار المبيع، والمشترى على احضار الثمن، ثم يسلم إلى كل واحد منهما ماله دفعة واحدة، لان التسليم واجب على كل واحد منهما، فإذا امتنعا أجبرا كما لو كان لاحدهما على الآخر دراهم، وللآخر عليه دنانير.

والثانى.

لا يجبر واحد منهما، بل يقال من يسلم منكما ما عليه أجبر الآخر على تسليم ما عليه، لان على كل واحد منهما حقا في مقابلة حق له، فإذا تمانعا لم يجبر واحد منهما، كما لو نكل المدعى عليه فردت اليمين على المدعى فنكل.

والثالث.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٦/١٣

أنه يجبر البائع على تسليم المبيع، ثم يجبر المشترى وهو الصحيح، لان حق المشترى متعلق بعين، وحق البائع في الذمة، فقدم ما تعلق بعين كأرش الجناية مع غيرها من الديون، ولان البائع يتصرف في الثمن في الذمة، فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشترى في المبيع، ومن أصحابنا من قال.

المسأله على قول واحد، وهو أنه يجبر البائع على تسليم المبيع كما ذكرناه، وما سواه من الاقوال ذكره الشافعي عن غيره، ولم يختره، فعلى هذا ينظر فيه." (١)

-١٠٩

"قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

ولا يجوز فيما عملت فيه النار كالخبز والشواء، لان عمل النار فيه يختلف فلا يضبط، **واختلف أصحابنا** في اللبأ المطبوخ، فقال الشيخ أبو حامد الاسفرايني رحمه الله لا يجوز لان النار تعقد أجزاءه فلا يضبط، وقال القاضى أبو الطيب الطبري رحمه الله يجوز لان ناره لينة.

(الشرح) قوله " لا يجوز فيما عملت فيه النار " وهو قول الاصحاب.

قال

النووي رحمه الله تعالى: ولا يصح في المطبوخ والمشوى، ولا يضر تأثير الشمس، والاظهر منعه في رءوس الحيوان والظاهر أن منع السلم فيما مسته النار علته عدم انضباط تأثير النار فيها، وإلا لو أمكن انضباط ذلك صح السلم فيه لجواز السلم في الصابون والسكر والفانيذ واللبأ والدبس، وقد نبه النووي على تصحيح ذلك في كتابه التنبيه في كل ما دخلته نار خفيفة، ومثل ببعض المذكورات، وإن خالف في ذلك ابن المقرى تبعا للاسنوى، ويؤيد صحة ذلك تصحيحهم للسلم في الآجر المطبوخ.

قال الشربينى الخطيب في المغنى من كتب المذهب: وعليه يفرق بين بابى الربا والسلم بضيق باب الربا.

فإن قيل قول النووي كغيره " إن نار ما ذكر لطيفة خلاف المشاهد.

وهو كلام من لا عهد له بعمل السكر " أجيب بأن مراده اللطيفة المضبوطة، كما عبرت به، وصرح الامام ببيع الماء المغلى بمثله، فيصح السلم فيه وفى ماء الورد لان ناره لطيفة كما جزم به الماوردى وغيره وكذلك أجازوا السلم في العسل المصفى بالنار، لان تصفيته بها لا تؤثر، لان ناره لطيفة للتمييز.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٣/٨٤

ويجوز في الشمع والقند – وهو السكر الخام – والخزف والفحم وقول النووي " والاظهر منعه في رءوس الحيوان " وذلك لاحتوائها على." (١)

-١١٠

"أجزاء مختلفة من المناخر والمشافر وغيرها – ويتعذر ضبطها – أي حرارة الشمس وتأثيرها.

وقد منع النووي السلم في البرمة المعمولة، وهى القدر، ولا يصح في القمقم

والطنجير والكوز والطست أو الطشت ونحوها كالاباريق والخابية والاسطال الضيقة الفتحات لندرة اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة ولتعذر ضبطها اما لاختلاف الاجزاء في الدقة والغلظ فتكون كالجلد، أو لمخالفة أعلاها أو وسطها لاسفلها، أما الجلد المقطع فقد قال الشربينى الخطيب في المغنى يجوز فيها وزنا لانضباطها لان جملتها مقصودة، وما فيها من التفاوت يجعل عفوا، ولا يصح في الرق لما ذكر.

(مسألة) إذا كانت البرمة المعمولة لا يجوز فيها السلم، فهل يصح في البرمة المصبوبة في قالب؟ الراجح جوازه. قال الاشمونى " والمذهب جواز السلم في الاواني المتخذة من الفخار " وهذا محمول على ما إذا ضبط بالقوالب ولم تختلف أجزاؤه اختلافا يصعب وصفه منضبطا، وذلك لان المعمولة هي التى تحفر بالآلات.

والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

ولا يجوز فيما يجمع أجناسا مقصودة لا تتميز كالغالية والند والمعجون والقوس والخف والحنطة التى فيها الشعير لانه لا يعرف قدر كل جنس منه، ولا يجوز فيما خالطه ما ليس بمقصود من غير حاجة كاللبن المشوب بالماء والحنطة التى فيها الزوان لان ذلك يمنع من العلم بمقدار المقصود، وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد، ويجوز فيما خالطه غيره للحاجة، كخل التمر وفيه الماء والجبن، وفيه الانفحة والسمك المملوح، وفيه الملح، لان ذلك من مصلحته فلم يمنع جواز العقد ويجوز في الادهان المطيبة، لان الطيب لا يخالطه وانما تعبق به رائحته ولا يجوز في ثوب نسج ثم صبغ لانه سلم في ثوب وصبغ مجهول، ويجوز فيما صبغ غزله ثم نسج لانه

(١) المجموع شرح المهذب ١٢٢/١٣

بمنزلة صبغ الاصل، ولا يجوز في ثوب عمل فيه غير غزله كالقرقوبى لان ذلك لا يضبط، **واختلف أصحابنا**." (١)

-١١١

"ويلحق بالجارية وولدها والشاة وولدها أو سخلتها والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

وفى السلم في الاواني المختلفة الاعلى والاسفال كالابريق والمنارة والكراز وجهان

(أحدهما)

لا يجوز لانها مختلفة الاجزاء فلم يجز السلم فيها كالجلود

(والثانى)

يجوز لانها يمكن وصفها فجاز السلم فيها كالاسطال المربعة والصحاف الواسعة، **واختلف أصحابنا** في السلم في الدقيق فمنهم من قال: لا يجوز وهو قول أبي القاسم الداركى رحمه الله لانه لا يضبط، والثانى يجوز لانه يذكر النوع والنعومة والجودة فيصير معلوما ولا يجوز السلم في العقار لان المكان فيه مقصود والثمن يختلف باختلافه فلابد من تعيينه والعين لا تثبت في الذمة.

(الشرح) قوله: الكراز - بضم الكاف وفتح الراء مخففة ومشددة ثم ألف فزاى - زنة غراب ورمان، وهو القارورة أو كوز ضيق الرأس.

أما الاحكام فقد قال النووي رحمه الله تعالى: ولا يصح في مختلف كبرمة معمولة وجلد وكوز وطسى وقمقم ومنارة وطنجير ونحوها، ويصح في الاسطال المربعة وفيما صب منها في قالب.

قلت: عدم صحة السلم فيما ذكر بسبب أختلاف بعض الآنية من حيث شكلها وقوامها ففى البرمة المعمولة وهى المحفورة بآلة وفى الابريق الذى يختلف اسفله عن أعلاه في سعته من أسفل ثم ينساب ضيقه إلى أعلا قليلا قليلا ثم يبلغ غاية الضيق المناسب لشكله عند الرقبة ثم يعوج صنبوره إلى الامام كرقبة الاوزة وذلك مع امتداد عنقه إلى أعلا، وقد يكون له غطاء متحرك، وفى الكراز كذلك إتساع من أسفل وضيق من وسطه

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٢٣/١٣

وأعلاه، وفى الطسى أو الطست حافة كالطوق تندلى من طرفه الاعلى مع اختلاف في أسفله عن أعلاه.
كل هذه الاصناف التى
وصفناها هل يجوز فيها السلم؟ قولان.
أصحهما: لا، وذلك لعدم استطاعة المتعاقدين تحديد وصفها بالعبارة، وهذا قول أصحاب أحمد.
أما الاسطال المربعة والصحاف الواسعة فيجوز فيها قولا واحدا.." (١)

-١١٢

"قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

فان أحاله على رجل له عليه طعام لم يصح لان الحوالة بيع، وقد بينا في كتاب البيوع أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل القبض.

وإن قال لى عند رجل طعام فاحضر معى حتى أكتاله لك فحضر واكتاله له لم يجز، لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، صاع البائع وصاع المشترى، وهذا لم يجز فيه الصاعان، وهل يصح قبض المسلم إليه لنفسه؟ فيه وجهان بناء على القولين فيمن باع دين المكاتب

فقبض منه المشترى، فإن قبض المشترى لنفسه لا يصح، وهل يصح القبض للسيد فيه قولان:

(أحدهما)

يصح لانه قبضه بإذنه فصار كما لو قبضه وكيله

(والثانى)

لا يصح لانه لم يأذن له في قبضه له، وإنما أذن له في قبضه لنفسه فلا يصير القبض له، ويخالف الوكيل فانه قبضه لموكله، فان قلنا ان قبضه لا يصح اكتال لنفسه مرة أخرى ثم يكيله للمسلم، وإن قلنا ان قبضه يصح كاله للمسلم، فان قال احضر معى حتى أكتاله لنفسي وتأخذه ففعل ذلك صح القبض للمسلم إليه لانه قبضه لنفسه قبضا صحيحا، ولا يصح للمسلم لانه دفعه إليه من غير كيل، وان اكتاله لنفسه وسلم إلى المسلم وهو في المكيال ففيه وجهان.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٢٩/١٣

(أحدهما)

لا يصح لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، وهذا يقتضى كيلا بعد كيل، وذلك لم يوجد

(والثانى)

أنه يصح لان استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه، ولو ابتدأ بكيله جاز فكذلك إذا استدامه.

(الشرح) حديث جابر رواه ابن ماجه والدارقطني أما الاحكام فقد قال الشافعي رحمه الله تعالى: ولو أسلم في طعام وباع طعاما آخر فأحضر المشترى من اكتاله من بائعه وقال: أكتاله لك.

لم يجز، لانه بيع الطعام قبل القبض.

**واختلف أصحابنا** في صورة هذه المسألة، فمنهم من قال: صورتها أن يسلم." [1]

-١١٣

"قال المصنف رحمه الله:

(فصل)

وفى الوقت الذى يملك فيه وجهان

(أحدهما)

أنه يملكه بالقبض لانه عقد يقف التصرف فيه على القبض فوقف الملك فيه على القبض كالهبة فعلى هذا إذا كان القرض حيوانا فنفقته بعد القبض على المستقرض فان اقترض أباه وقبضه عتق عليه

(والثانى)

أنه لا يملكه إلا بالتصرف بالبيع والهبة والاتلاف لانه لو ملك قبل التصرف لما جاز للمقرض أن يرجع فيه بغير رضاه، فعلى هذا تكون نفقته على المقرض فان اقترض أباه لم يعتق عليه قبل أن يتصرف فيه، **واختلف أصحابنا** فيمن قدم طعاما إلى رجل ليأكله على أربعة أوجه (أحدها) أنه يملكه بالاخذ

(والثانى)

أنه يملكه بتركه في الفم (والثالث) أنه يملكه بالبلع (والرابع) أنه لا يملكه بل يأكله على ملك صاحب الطعام.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٥٣/١٣

(الشرح) الاحكام: متى يملك المستقرض العين التى استقرضها؟ فيه وجهان من أصحابنا من قال: لا يملكها إلا بالتصرف بالبيع أو الهبة أو يتلفها أو تتلف في يده، لان المقرض له أن يرجع في العين ولان المستقرض له أن يردها، ولو ملكها المستقرض بالقبض لم يملك واحد منهما فسخ ذلك فعلى هذا إن استقرض حيوانا كانت نفقته على المقرض إلى أن يتلفه المستقرض.

قوله: فان اقترض أباه.

قال أحمد: أكره قرضهم، وقال ابن قدامة يحتمل كراهية تنزيه، ويصح قرضهم، وهو قول ابن جريج والمزنى لانه مال يثبت في الذمة سلما فصح قرضه كسائر الحيوان، ويحتمل أن أراد كراهة التحريم، فلا يصح قرضهم، اختاره القاضى، ويصح قرض العبيد دون الاماء، وهو قول مالك والشافعي إلا أن يقرضهن من ذوى محارمهن، لان الملك بالقرض ضعيف وسيأتى بيان ذلك إن شاء الله.

ومنهم من قال: يملكها المستقرض بالقبض.

قال الشيخ أبو حامد: وهو الصحيح، لانه بالقبض يملك التصرف فيها في جميع الوجوه، فلو لم يملكها بالقبض لما ملك التصرف فيها بما فيه حظ، وبما لا حظ فيها.." (١)

-١١٤

"وأما الرجوع في العين المقترضة، فلا خلاف بين أصحابنا أن للمستقرض أن يردها على المقرض، أما المقرض فهل له أن يرجع فيها وهى في يد المستقرض؟ فإن قلنا إن المستقرض لا يملكها إلا بالتصرف فللمقرض أن يرجع فيها، ومنهم من قال للمقرض أن يرجع فيها بكل حال، وهو المنصوص عليه في الام.

ولا يكون جواز رجوع المقرض فيها مانعا من ثبوت الملك للمستقرض فيها قبل التصرف، ألا ترى أن الاب إذا وهب لابنه هبة وأقبضه اياها فإن الابن قد ملكها، وللاب أن يرجع فيها، وكذلك إذا اشترى سلعة بسلعة ثم وجد كل واحد منهما بما صار إليه عيبا، فإن لكل واحد منهما أن يرجع في سلعته، وان كانت ملكا للآخر، ويبطل بما لو تصرف هذا المستقرض بالعيب المستقرض ثم رجعت إليه، فإن للمقرض أن يرجع فيها، ولا يدل ذلك على أن المستقرض لم يكن مالكا للعين وقت التصرف فيها، فعلى هذا إذا اقترض حيوانا وقبضه كانت نفقته على المستقرض، وان اقترض وقبضه عتق عليه.

(فرع)

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٦٦/١٣

**واختلف أصحابنا** فيمن قدم إلى غيره طعاما، وأباح له أكله حتى يملكه المقدم إليه، فمنهم من قال.

يملكه بالتناول، فإذا أخذ لقمة بيده ملكها، كما إذا وهبه شيئا وأقبضه اياه، فعلى هذا لو أراد أن المقدم أن يسترجعها منه بعد أن يأخذها بيده لم يكن له ذلك.

ومنهم من قال: يملكه بتركه في الفم، فعلى هذا للمقدم أن يرجع فيه ما لم يتركه المقدم إليه في فمه.

ومنهم من قال لا يملكه الا بالبلع.

والرابع الذى حكاه المصنف أنه لا يملكه بالاكل، بل يأكله وهو على ملك صاحبه، فإذا قلنا ان المقدم إليه ملكه بأخذه باليد أو بتركه في الفم، فهل له أن يبيح لغيره أو يتصرف فيه بغير ذلك فيه وجهان، قال عامة أصحابنا لا يجوز له ذلك، لانه أباح له انتفاعا مخصوصا، فهل يجوز له أن ينتفع به بغيره كما لو أعاره ثوبا لم يكن له أن يعيره.

وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب: له أن يفعل به ما شاء من وجوه." (١)

-١١٥

"وادعى ذلك المرتهن حكم له بأن الرهن تام باقرار الراهن ودعوى المرتهن.

ولو كان الرهن في الشقص غائبا فأقر الراهن أن المرتهن قد قبض الرهن وادعى ذلك المرتهن أجزت الاقرار، لانه قد يقبض له وهو غائب عنه فيكون قد قبضه بقبض من أمره بقبضه له.

اه وقال أيضا " إذا وهب له عينا في يد الموهوب له فقبلها تمت الهبة ولم يعتبر الاذن بالقبض " **واختلف أصحابنا** فيها على ثلاثة طرق فمنهم من قال: لا يلزم واحد منهما الا بالقبض ولا يصح قبضهما الا بالاذن، وما قال الشافعي رحمه الله في الهبة، فأراد إذا أذن، وأضمر ذلك، وصرح به في الرهن.

ومنهم من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الاخرى وخرجهما على قولين.

أحدهما: لا يفتقر واحد منهما إلى الاذن بالقبض، ولانه لما لم يفتقر إلى اذن مستأنف لم يفتقر إلى اذن.

والثانى: يفتقر إلى الاذن.

قال المصنف: وهو الصحيح.

قلت: لانه قبض يلزمه به عقد غير لازم فلم يحصل الا باذن، كما لو كانت العين في يد الراهن.

ومنهم من حمل المسئلتين على ظاهرهما، فقال في الهبة.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٦٧/١٣

لا يفتقر إلى الاذن بالقبض فيها، وفى الرهن لابد من الاذن بالقبض فيه، لان الهبة عقد اقوى يزيل الملك، فلم يفتقر إلى الاذن فيها، والرهن عقد ضعيف لا يزيل الملك فافتقر

إلى الاذن بالقبض فيه.

إذا ثبت هذا: فرهنه ما عنده فانه لا يحتاج إلى نقله بلا خلاف على المذهب، وهل يحتاج إلى الاذن بالقبض على الطرق المذكورة وسواء قلنا: يفتقر إلى الاذن فلابد من مضى مدة يتباين فيها القبض في مثله ان كان مما ينتقل فيمضى زمان يمكنه نقله، وان كان مما يخلى بينه وبينه فيمضى زمان يمكنه التخلية فيه.

قال الشيخ أبو حامد: وحكى عن حرملة نفسه أنه قال: لا يحتاج إلى مضى مدة، بل يكفيه العقد والاذن، إذا قلنا: انه شرط إلى العقد لا غير – إذا قلنا ان الاذن ليس بشرط – لان يده ثابتة عليه، فلا معنى لاعتبار زمان ابتداء القبض، وهذا غلط، لان القبض لا يحصل الا بالفعل أو بالامكان، ولم يوجد." (١)

-١١٦

"يقبض ورثة المرتهن ولا يقبضهم.

وحكى الداركى أن الشافعي رحمه الله قال في موضع آخر: إن الرهن ينفسخ بموت الراهن قبل التسليم **واختلف أصحابنا** في المسألة على ثلاثة طرق، فمنهم من نقل جوابه في كل واحدة منهما إلى الاخرى وخرجهما على قولين

(أحدهما)

ينفسخ بموت أحدهما لانه عقد جائز فبطل بالموت كالوكالة والشركة.

(والثانى)

لا ينفسخ بموت واحد منهما لانه عقد يئول إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع بشرط الخيار.

ومنهم من قال: ينفسخ بموت الراهن ولا ينفسخ بموت المرتهن، لان بموت الراهن يحل الدين المؤجل عليه، فإذا كان عليه دين غير دين المرتهن كان للمرتهن أسوة الغرماء، ولا يجوز للورثة تخصيص المرتهن بالرهن، وان لم يكن عليه دين غير المرهون به فقد تعلق بجميع التركة، فلا وجه لتسليم الرهن به.

وليس كذلك المرتهن، فإن ماله من الدين لا يحل بموته فالحاجة باقية إلى

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٨٧/١٣

الاستيثاق بالرهن.

ومن أصحابنا من قال: لا يبطل الرهن بموت واحد منهما قولا واحدا، لان الرهن إذا لم ينفسخ بموت المرتهن والعقد لا يلزم من جهته بحال، فلان لا يبطل بموت الراهن - والعقد قد يلزم من جهته - بعد القبض أولى.

وأنكر الشيخ أبو حامد ما حكاه الداركى وقال: بل كلام الشافعي رحمه الله يدل أن الرهن لا ينفسخ بموت الراهن لانه قال في الام: وإذا رهن عند رجل شيئا ثم مات الراهن قبل أن يقبض الرهن، فإن كان عليه دين كان أسوة الغرماء وان لم يكن عليه دين فوارثه بالخيار بين أن يقض الرهن المرتهن أو يبقيه، وإن مات أحدهما بعد القبض لم ينفسخ الرهن بلا خلاف، ويقوم وارث كل واحد منهما مقامه لان الرهن لازم جهة من الراهن والعقد اللازم لا يبطل بالموت كالبيع والاجارة.

والله أعلم." (١)

-١١٧

"قال المصنف رحمه الله:

(فصل)

**واختلف أصحابنا** في المدبر.

فمنهم من قال: لا يجوز رهنه قولا واحدا، لانه قد يموت المولى فجأة فيعتق فلا يمكن بيعه، وذلك غرر من غير حاجة، فمنع صحه الرهن.

ومنهم من قال: يجوز قولا واحدا لانه يجوز بيعه فجاز رهنه كالعبد القن.

ومنهم من قال.

فيه قولان، بناء على القولين في أن التدبير

وصية أو عتق بصفة، فان قلنا: إنه وصية جاز رهنه، لانه يجوز الرجوع فيه بالقول، فجعل الرهن رجوعا.

وان قلنا: إنه عتق بصفة لم يجز رهنه، لانه لا يجوز الرجوع فيه بالقول، وإنما يجوز الرجوع فيه بتصرف يزيل الملك، والرهن لا يزيل الملك.

قال أبو إسحاق، إذا قلنا: إنه يصح رهنه فحل الحق وقضى سقط حكم الرهن وبقى العبد على تدبيره، وإن لم يقض قيل له: أترجع في التدبير؟ فان اختار الرجوع بيع العبد في الرهن، وإن لم يختر فإن كان له مال غيره

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٩٣/١٣

قضى منه الدين، ويبقى العبد على التدبير، وان لم يكن له مال غيره ففيه وجهان.

(أحدهما)

أنه يحكم بفساد الرهن، لانا إنما صححنا الرهن لانا قلنا لعله يقضى الدين من غيره أو يرجع في التدبير، فإذا لم يفعل حكمنا بفساد الرهن

(والثانى)

أنه يباع في الدين وهو الصحيح، لانا حكمنا بصحة الرهن، ومن حكم الرهن أن يباع في الدين وما سوى ذلك من الاموال كالعقار والحيوان وسائر ما يباع يجوز رهنه، لانه يحصل به مقصود الرهن وما جاز رهنه جاز رهن البعض منه مشاعا، لان المشاع كالمقسوم في جواز البيع، فكان كالمقسوم في جواز الرهن، فإن كان بين رجلين دار فرهن أحدهما نصيبه من بيت بغير إذن شريكه ففيه وجهان.

(أحدهما)

يصح كما يصح بيعه

(والثانى)

لا يصح لان فيه إضرارا بالشريك بأن يقتسما فيقع هذا البيت في حصته فيكون بعضه رهنا.

(الشرح) الاحكام: قال الشافعي رحمه الله " ولو دبره ثم رهنه كان الرهن مفسوخا " وجملة ذلك أنه إذا قال لعبده إذا مت فأنت حر ثم رهنه بعد.

فاختلف." (١)

-١١٨

"ولزم البيع ثم باعها من عمرو، فقوله بعقد لازم احتراز من الرهن قبل القبض، ومن إعارة ما أعاره وقوله " لا يجوز أن يعقد عليه مثله " احتراز من عقد الاجارة على الرهن، فإنه يصح بغير إذن المرتهن.

وقوله: من غير إذن من له الحق، لان المرتهن

لو أذن في رهنه من غيره صح، وان رهن رجلا عبدا بألف درهم ثم رهنه عنده بألف أخرى ففيه قولان.

(١) المجموع شرح المهذب ٢٠١/١٣

قال في القديم " يصح " وبه قال مالك وأبو يوسف رحمهم الله تعالى، لانه لما جاز أن يزيد في الحق الواحد رهنا آخر جاز أيضا أن يرهن الرهن الواحد بحق آخر.

ولان الرهن وثيقة كالضمان، فلما جاز أن يضمن من غيره حقا ثم يضمن عنه حقا جاز في الرهن مثله.

وقال في الجديد " لا يصح " وبه قال أبو حنيفة لانه رهن لازم بدين آخر، كما لو رهنه عند غيره، وفيه احتراز من رهنه قبل القبض، فعلى هذا إذا كان أراد أن يرهنه بألفين فسخ الاول ثم يرهنه بالالفين، فإن رهنه بألف ثم رهنه بألف وأقر أنه رهنه بألفين كان كالاقرار صحيحا في الظاهر والباطن على القديم.

وأما على الجديد فيكون رهنا بالالفين حكما ظاهرا.

وأما في الباطن فلا يكون الامر مرهونا بألف، فإن ادعى المقر أنه رهنه بألف ثم رهنه بألف، وادعى المقر له أنه رهنه بهما معا فالقول قول المقر له مع يمينه، لان الظاهر صحة الاقرار.

وإن شهد شاهدان على عقد الرهنين ثم أرادا أن يقيما الشهادة، فان كانا يعتقدان صحة القول الجديد شهدا أنه رهنه بألف ثم رهنه بألف، فان كانا يعتقدان صحة القول القديم ففيه وجهان

(أحدهما)

يجوز أن يشهدا أنه رهنه بألفين، ويطلقا ذلك، لانهما يعتقدان صحة ما يشهدان به

(والثانى)

لا يجوز أن يشهدا الا على ما وقع عليه العقدان، لان الاجتهاد في ذلك إلى الحاكم قال المصنف رحمه الله:

(فصل)

وفى رهن العبد الجاني قولان.

واختلف أصحابنا في موضع القولين على ثلاث طرق، فمنهم من قال القولان في العمد، فأما في جناية الخطأ فلا يجوز." (١)

-١١٩

"(فرع)

قال الشافعي رحمه الله: وإن رهنه أرضا من أرض الخراج فالرهن مفسوخ، لانها غير مملوكة، واختلف أصحابنا في تأويل هذا فقال أبو سعيد الاصطخرى أراد الشافعي رحمه الله بذلك سواد العراق، وذلك أن أمير المؤمنين

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٣/٢٠٧

عمر (رض) افتتحها وأخرجها من أيدى المجوس وقسمها بين الناس واستغلوها سنتين أو ثلاثا، ثم رأى أنهم قد اشتغلوا بالارض عن الجهاد فسألهم أن يردوها عليه فمنهم من طابت نفسه بالرد بغير عوض، ومنهم من لم يطيب نفسا إلا بعوض ثم وقفها أمير المؤمنين على المسلمين وأجرها ممن هي في يده على كل نوع من الغلات أجرة معلومه لا إلى غاية، فعلى هذا لا يجوز بيعها أو رهنها، وهذا ظاهر النص وقال أبو العباس بن سريج: لما استردها أمير المؤمنين من المسلمين باعها ممن هي في يده، وجعل منها جعلا هو الخراج الذى يؤخذ منهم، فيجوز بيعها ورهنها لان الناس من وقت أمير المؤمنين إلى وقتنا هذا يبيعونها ويتباعونها من غير منكر.

وأما قول الشافعي رحمه الله فمحمول عليه لو أوقف الامام أرضا وضرب عليها الخراج، فإن قيل فهذا الذى قلتموه في فعل أمير المؤمنين من التأويلين جميعا لا يصح على مذهب الشافعي ولا غيره، ولان الاجارة لا تجوز إلى غير مدة معلومة ولا بأجرة غير معلومة، وكذلك البيع لا يجوز إلى أجل غير معلوم، ولا بثمن غير معلوم.

فالجواب أن هذا انما لا يصح إذا كانت المعاملة في أموال المسلمين، فأما إذا كانت في أملاك المشركين فيصح، ألا ترى أن رجلا لو قال من جاء بعبدي الآبق

فإن له عبدا وثوبا وهما غير موصوفين لم يكن هذا جعلا صحيحا، ولو قال الامام من دلنا على القلعة الفلانية فله منها جارية كان جعلا صحيحا اه.

فإن كان في الخراج بناء أو غراس، فان كان محدثا في أرض الخراج من غيرها صح بيعه ورهنه مفردا، وان باعه أو رهنه مع أرض الخراج – وقلنا لا يصح بيعها ورهنها بطل في الارض، وهل يصح في البناء والغراس؟ فيه قولان، بناء على القولين في تفريق الصفقة، وقد مضى ذكر ذلك، وان كان البناء والغراس من أرض الخراج لم يصح بيعه ورهنه.." (١)

-١٢٠

"وأما النماء الموجود في حال العقد ينظر فيه، فإن كان شجرا فقد قال في الرهن لا يدخل فيه، وقال في البيع يدخل، واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق وقد بيناها في البيوع، وان كان ثمرا نظرت، فإن كان ظاهرا كالطلع المؤبر وما أشبهه من الثمار لم يدخل في الرهن، لانه إذا لم يدخل ذلك في البيع وهو يزيل الملك، فلان لا يدخل في الرهن وهو لا يزيل الملك أولى، وإن كان ثمرا غير ظاهر كالطلع الذى لم يؤبر وما أشبهه من الثمار ففيه طريقان، من أصحابنا من قال فيه قولان

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٠٩/١٣

(أحدهما)

يدخل فيه قياسا على البيع

(والثانى)

لا يدخل فيه وهو الصحيح لانه لما لم يدخل فيه ما يحدث بعد العقد لم يدخل الموجود حال العقد، ومنهم من قال لا يدخل فيه قولا واحدا.

ويخالف البيع، فإن في البيع ما يحدث بعد العقد ملك للمشترى، والحادث بعد العقد لا حق للمرتهن فيه، ولان البيع يزيل

الملك فيدخل فيه النماء، والرهن لا يزيل الملك فلم يدخل فيه **واختلف أصحابنا** في ورق التوت والآس وأغصان الخلاف، فمنهم من قال: هو كالورق والاغصان من سائر الاشجار فيدخل في الرهن.

ومنهم من قال انها كالثمار من سائر الاشجار فيكون حكمها حكم الثمار، وان كان النماء صوفا أو لبنا فالمنصوص أنه لا يدخل في العقد.

وقال الربيع في الصوف قول آخر أنه يدخل، فمن أصحابنا من قال فيه قولان، ومنهم من قال لا يدخل قولا واحدا، وما قاله الربيع من تخريجه.

(الشرح) الحديث عزاه المصنف لابن عمر وفيه نظر.

أما الحديث فقد رواه الجماعة الا مسلما والنسائي عن أبي هريرة رضى الله عنه بلفظ أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول " الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا، وعلى الذى يركب ويشرب النفقة " وفى لفظ رواه أحمد " إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها، ولبن الدر يشرب وعلى الذى يشرب نفقته " وللدارقطني والحاكم وصححه من طريق الاعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعا " الرهن مركوب ومحلوب " وقال ابن أبي حاتم، قال أبي " رفعه " يعنى أبا معاوية مرة ثم ترك الرفع بعد. ورجح البيهقى أيضا الوقف." (١)

-١٢١

"(أحدهما)

لا يدخل لان المسمى في العقد هو الشجرة، وهذا ليس بشجر.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٣/٢٢٧

فعلى هذا إذا انقلعت الشجرة لم يكن للمشترى أن يغرس مكانها غيرها.

(والثانى)

يدخل فيه قرار الشجرة، لان قوام الشجرة به، فهو كعروق الشجرة تحت الارض، فعلى هذا إذا انقلعت هذه الشجرة كان للمشترى أن يغرس مكانها.

وأما نماء الرهن فضربان: موجود حال الرهن، وحادث بعد الرهن، فأما الموجود حال الرهن، فإن كان ثمرة فقد سبق بيانه.

**واختلف أصحابنا** في ورق التوت وأغصان الخلاف والآس، فمنهم من قال: هو كالاغصان من سائر الاشجار فيدخل في الرهن.

ومنهم من قال هو كالثمار من سائر الاشجار وقد سبق بيانه.

وإن رهنه ماشية وفيها لبن أو صوف فالمنصوص أنه لا يدخل في الرهن، وقال الربيع في الصوف قول آخر أنه يدخل، فمن أصحابنا من قال: في الصوف قولان، ومنهم من قال لا يدخل قولا واحدا، وما ذكره البيع من تخريجه.

وأما النماء الحادث بعد الرهن كالولد والثمرة واللبن وسائر منافعه فاختلف أهل العلم فيه.

مذهبنا أنه ملك للراهن وأنه لا يدخل في الرهن وللراهن أن ينتفع بالرهن، وقال قوم من أصحاب الحديث: نماء الرهن ومنافعه ملك لمن ينفق عليه فإن كان الراهن هو الذى ينفق عليه فالنماء ملك له.

وقال أحمد: الرهن ملك للمرتهن فله حلبه وشربه، وقال أبو حنيفة: الثمرة والولد واللبن الحادث بعد الرهن ملك للراهن إلا أنه يدخل في الرهن.

وقال أيضا، ليس للراهن ولا للمرتهن الانتفاع بالرهن بل تترك المنافع تتلف، وقال مالك: الولد الحادث يكون رهنا كقول أبى حنيفة.

وأما الثمرة فلا تكون رهنا كقولنا.

دليلنا على أصحاب الحديث وعلى أحمد ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لا يغلق الرهن الرهن من راهنه له غنمه وعليه

غرمه " وقد رواه الشافعي والدارقطني والحاكم والبيهقي وابن حبان وابن ماجه وصحح أبو داود والبزار

والدارقطني إرساله عن سعيد بن المسيب.

فمن قال إنه ملك للمرتهن فقد خالف نص الحديث.." (١)

-١٢٢

"قال الشافعي في الام، إذا كان موسرا فقد عتقه، وإن كان معسرا فعلى قولين

وقال في القديم: قال عطاء لا ينفذ عتقه موسرا كان أو معسرا، ولهذا وجه.

ثم قال: قال بعض أصحابنا ينفذ ان كان موسرا ولا ينفذ ان كان معسرا.

واختلف أصحابنا في ترتيب المذهب، فقال أبو على الطبري وابن القطان: في المسألة ثلاثة أقوال (أحدها) ينفذ اعتاقه موسرا كان أو معسرا

(والثانى)

لا ينفذ موسرا كان أو معسرا (والثالث) ينفذ ان كان موسرا ولا ينفذ ان كان معسرا وهذه الطريقة اختيار المصنف وابن الصباغ.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

وان وقف المرهون ففيه وجهان

(أحدهما)

أنه كالعتق لانه حق لله تعالى لا يصح اسقاطه بعد ثبوته فصار كالعتق

(والثانى)

انه لا يصح لانه تصرف لا يسرى إلى ملك الغير فلا يصح كالبيع والهبة (الشرح) الاحكام: إذا تصرف الراهن بغير العتق كالبيع والاجارة والهبة والوقف وغيره فتصرفه باطل، لانه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبنى على التغليب والسراية فلم يصح بغير اذن المرتهن كفسخ الرهن، فان أذن فيه المرتهن صح وبطل الرهن، لانه اذن فيما ينافى حقه، فيبطل بفعله كالعتق، وان زوج الام المرهونة لم يصح، وهذا هو مذهبنا ومذهب مالك وأحمد، والله أعلم

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٢٩/١٣

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

وما منع منه الراهن لحق المرتهن كالوطئ والتزويج وغيرهما، إذا أذن فيه جاز له فعله، لان المنع لحقه فزال بإذنه، وما يبطل لحقه كالبيع والعتق وغيرهما إذا فعله بإذنه صح، لان بطلانه لحقه فصح بإذنه، فان أذن في البيع أو العتق ثم رجع قبل أن يبيع، أو قبل أن يعتق لم يجز البيع والعتق لانه بالرجوع سقط الاذن فصار كما لو لم يأذن، فان لم يعلم بالرجوع فباع أو أعتق ففيه وجهان

(أحدهما)

أنه يسقط الاذن ويصير كما إذا با ع أو أعتق بغير الاذن

(والثانى)

أنه لا يسقط الاذن بناء على القولين في الوكيل إذا عزله الموكل ولم يعلم حتى تصرف.

(الشرح) فيما سبق في الفصل قبله الكفاية." (١)

-١٢٣

"قال العمرانى في البيان: وإن قال من بيده العبد (إن كان الرهن عبدا) بعتنيه بألف وقال السيد: رهنتكه بألف، حلف السيد أنه ما باعه العبد، فإذا حلف خرج العبد من يد من هو بيده لان المبيع زال بيمين السيد، وبطل الرهن، لان المالك يقر له به والمرتهن ينكره، ومتى أنكر المرتهن الرهن زال الرهن ثم قال قال الشيخ أبو إسحاق في المهذب والمحاملى في المجموع: فإن قال السيد: رهنتكه بألف قبضتها منى ثمنا حلف كل واحد منهما على نفى ما ادعى عليه، لان الاصل عدم العقد، وعلى السيد الالف، لانه مقر بوجوبها.

قلت: والذى يقتضى القياس عندي أنه لا يمين على الذى بيده العبد لانه ما ارتهن العبد لما ذكرناه في المسألة قبلها.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٣٩/١٣

وإن رهن عصيرا وأقبضه، ثم وجده خمرا في يد المرتهن فقال: أقبضتنيه وهو خمر، فلى الخيار في فسخ البيع.
وقال الراهن: بل أقبضتكه وهو عصير، فصار في يدك خمرا، فلا خيار لك، ففيه قولان.

(أحدهما)
أن القول قول المرتهن، وهو اختيار المزني، لان الراهن يدعى
قبضا صحيحا، والاصل عدمه.

(والثانى)
أن القول قول الراهن، وهو الصحيح، لانهما اتفقا على العقد والقبض.
واختلفا في صفة يجوز حدوثها فكان القول قول من ينفى الصفة، كما لو اختلف البائع والمشترى في عيب بعد القبض، وإن اختلفا في العقد فقال المرتهن رهنتنيه وهو خمر.
وقال الراهن: بل رهنتكه وهو عصير.
فصار عندك خمرا، فقد **اختلف أصحابنا** فيه، فقال أكثرهم: هي على قولين.
وقال أبو على بن أبى هريرة: القول قول المرتهن قولا واحدا، لانه ينكر العقد والاصل عدمه.
فإن رهن عبدا فأقبضه في محمل أو ملفوفا في ثوب، ووجد ميتا.
فقال المرتهن أقبضتنيه وهو ميت، فلى الخيار في فسخ البيع.
وقال الراهن أقبضتكه حيا ثم مات عندك، فلا خيار لك ففيه طريقان.

(أحدهما)
وهو الصحيح: أنه على القولين كالعصير
(والثانى)
وهو قول." (١)
-١٢٤

(١) المجموع شرح المهذب ١٣/٢٥٩

"أبي على الطبري أن القول قول المرتهن، لان هذا اختلاف في اصل القبض لان الميت لا يصح قبضه، لانه لا يقبض إلا ظاهرا، بخلاف العصير، فانه يقبض في الظرف، والظاهر منه الصحة.

(الشرح) الاحكام: إذا رهنه عينا فوجدت في يد المرتهن، فقال المرتهن.

قبضتها بإذنك رهنا.

وقال الراهن لم آذن لك بقبضها، وإنما غصبتنيها أو أجرتها منك، فقبضتها عن الاجارة فالقول قول الراهن مع يمينه، لان الاصل عدم الاذن، وإن اتفقا على الرهن والاذن والقبض، ولكن قال الراهن رجعت في الاذن قبل أن يقبض، وقال المرتهن لم ترجع، ولم تقم بينة على الجوع فالقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما يعلم أنه رجع، لان الاصل عدم الرجوع.

وان اتفقا على الرهن والاذن، واختلفا في القبض، فقال الراهن.

لم تقبض

وقال المرتهن بل قبضت.

قال الشافعي في موضع القول قول المرتهن وقال في موضع القول قول الراهن قال أصحابنا ليست على قولين وإنما هي على حالين فان كانت العين في يد الراهن فالقول قول الراهن لان الاصل عدم القبض والذى يقتضى المذهب عندي أن يحلف أنه ما يعلم أنه قبض، لا يحلف على نفى فعل غيره، وإن كانت العين في يد المرتهن حلف أنه قبض لان الظاهر أنه قبض بحق.

(فرع)

وإن أقر أنه رهن عند غيره عينا وأقبضه إياها ثم قال الراهن لم يكن قبضها، وأراد منعه من القبض لم يقبل رجوعه عن إقراره بالقبض، لان إقراره لازم، فإن قال الراهن للمرتهن.

احلف أنك قبضتها.

قال الشافعي رضى الله عنه أحلفته.

قال في البيان واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق ان كان المرهون غائبا فقال أقررت بالقبض لان وكيلى أخبرني أنه أقبضه ثم بان لى أنه لم يقبضه أحلف المرتهن لانه لا يكذب لنفسه، وانما يدعى أمرا محتملا.

فأما إذا كان الرهن حاضرا أو أقر أنه أقبضه بنفسه ثم رجع.

وقال لم يقبض، لم تسمع دعواه، ولم يحلف المرتهن لانه يكذب نفسه.

وقال أبو على بن خيران وعامة أصحابنا يحلف المرتهن بكل حال وهو ظاهر نص الشافعي رضي الله عنه أما مع غيبة الرهن فلما ذكر الشيخ أبو إسحاق مع." (١)

-١٢٥

"أحدها: أنه ينفسخ لانه أقر لهما وجهل السابق منهما.

والثاني: يجعل بينهما لانهما استويا، ويجوز أن يكون مرهونا عندهما فجعل بينهما.

والثالث: يقر الرهن في يد المصدق ويغرم للآخر قيمته، ليكون رهنا عنده، لانه جعل كأنه أقر بأنه حال بينه وبين الرهن فلزمه ضمانه، وان كان العبد في يد أحد المرتهنين نظرت، فان كان في يد المقر له أقر في يده، لانه اجتمع له اليد والاقرار؟ وهل يحلف للثاني؟ على القولين، فان كان في يد الذى لم يقر له فقد حصل لاحدهما اليد وللآخر الاقرار، وفيه قولان.

(أحدهما)

يقدم الاقرار لانه يخبر عن أمر باطن.

(والثانى)

يقدم اليد وهو قول المزني، لان الظاهر معه، والاول أظهر، لان اليد انما تدل على الملك لا على العقد، وان كان في يدهما فللمقر له الاقرار.

واليد على النصف.

وفى النصف الآخر له الاقرار.

وللآخر يد، وفيه قولان.

أحدهما: يقدم الاقرار فيصير الجميع رهنا عند المقر له.

والثانى يقدم اليد فيكون الرهن بينهما نصفين.

(الشرح) الاحكام: إذا باعه شيئا بشرط أن يرهنه عصيرا فرهنه العصير.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٦٠/١٣

وقبض المرتهن فوجد خمرا.

فقال المرتهن: أقبضتنيه خمرا فلى الخيار في فسخ البيع.

وقال الراهن: بل صار خمرا بعد أن أخذته في يدك فلا خيار لك: ففيه قولان.

أحدهما: أن القول قول المرتهن مع يمينه.

وهو قول أبي حنيفة والمزنى لان الراهن يدعى قبضا صحيحا والاصل عدمه.

والثانى: أن القول قول الراهن وهو الصحيح لانهما قد اتفقا على العقد والتسليم.

واختلفا في تغير صفته.

والاصل عدم التغيير.

وبقاء صفته كما لو باعه شيئا وقبضه فوجد به عيب في يد المشترى يمكن حدوثه بيده.

فان القول قول البائع.

وان قال المرتهن: رهنتنيه وهو خمر.

وقال الراهن: رهنتكه وهو عصير.

وقبضته عصيرا.

وانما صار خمرا في يدك.

فاختلف أصحابنا فيه.

فقال أبو على بن أبى هريرة: القول قول المرتهن قولا واحدا.

لانه ينكر أصل العقد.

وقال عامة أصحابنا هي على قولين

كالتي قبلها وهو المنصوص في مختصر المزني والله تعالى أعلم.." (١)

-١٢٦

"وبين أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمتها، وقال في الزكاة: إذا أصدقها خمسا من الابل فحال عليها الحول فباعت منها بقدر شاة وأخرجتها ثم طلقها قبل الدخول كان له أن يأخذ بعيرين ونصفا، فحصل في الصداق ثلاثة أقوال (أحدها) يأخذ نصف الصداق من الباقي.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٦٢/١٣

وهذا موافق لما قاله في المفلس.

(والثانى)

يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف (والثالث) أنه بالخيار بين أن يأخذ الموجود بنصف الصداق وبين أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمتها.

**واختلف أصحابنا** في مسألة المفلس، فمنهم من قال في المفلس أيضا قولان:

(أحدهما)

يأخذ الباقي من العينين بما بقى له من الثمن، ويكون النصف الذى أخذ حصة التالف، لانه إنما جاز للبائع أخذ جميع المبيع، إذا وجده كله جاز له أخذ بعضه إذا تعذر جميعه، كما قلنا في الشفيع

(والثانى)

يأخذ نصف الموجود بنصف ما بقى له، ويضرب مع الغرماء بنصفه، لانه إذا با ع شيئين متساويى القيمة بمائة فقد با ع كل واحد منهما بخمسين فإذا قبض خمسين من مائة فقد قبض من ثمنهما مجتمعين، بدليل أنهما لو كانا قائمين لرجع في نصفهما، فإذا تلف أحدهما رجع في نصف الباقي بنصف ما بقى.

وضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من الذى لم يقبضه، قال هذا القائل: ولا يجئ ها هنا القول الثالث في الصداق، وهو أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمتها.

لان ذمة الزوجة عليه وذمة المفلس خربة، فلا يمكن ترك الشئ كله والرجوع

إلى القيمة، لانه لا يصل إليها.

ومن أصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما فقال في الصداق ثلاثة أقوال، وفى المفلس يأخذ البائع العين الباقية بما بقى له من الثمن قولا واحدا، والفرق بينهما أنا إذا قلنا في الصداق: يأخذ الزوج نصف الموجود ونصف قيمة التالف فلا ضرر عليه لانه يصل إلى حقه لان ذمة الزوجة مليئة، وفى المفلس لو قلنا: يأخذ البائع نصف الباقي بنصف ما بقى له، ويضرب مع الغرماء بنصف ما بقى له لم يأمن ألا يصل إلى الكمال من حقه، لان ذمة المفلس خربة." (١)

-١٢٧

(١) المجموع شرح المهذب ٣٠٤/١٣

"قال ابن الصباغ: ولا حق للبائع في الثمن.
وإن صدق بعض الغرماء البائع وكذبه بعضهم مع المفلس – فإن كان فيما صدق البائع عدلان فشهدا له أو عدل وحلف مع شاهده – حكم للبائع بالثمرة ولا كلام، وإن لم يكن فيهم من يقبل شهادته له، فإن القول قول المفلس مع يمينه لما ذكرناه فإذا حلف ملك الثمرة، فان أراد أن تقسم الثمرة على من صدقه دون من كذبه جاز، وان اختار قسمتها على الجميع فقد قال الشافعي رضى الله عنه: يدفعها إلى الذين صدقوه دون الذين كذبوه.
**واختلف أصحابنا** فيها على وجهين، فقال أبو إسحاق: هي كالاول، وان للمفلس أن يفرق ذلك على الجميع أو بين من يكذبه عما يخصه من الثمرة من الدين لما ذكرناه في التى قبلها وما ذكره الشافعي رضى الله عنه فمعناه إذا رضى أن يفرقه فيمن صدقه دون من كذبه.
ومنهم من قال: لا يجبر من كذبه على قبض شئ من الثمرة ولا الابراء عن شئ من دينه، وجها واحدا بخلاف الاولى لانه مع تكذيب جماعتهم له، به حاجة إلى قضاء دينه، فأجبروا على أخذه.
وفى مسألتنا يمكنه دفعه إلى المصدقين له دون المكذبين له فإذا قلنا بالاول لزم المصدقين للبائع أن يدفعوا ما خصهم من الثمرة إليه، ولا يلزم المكذبين له، والذى يقتضى المذهب، أن البائع لو سأل من كذبه من الغرماء أن يحلف له أنه ما يعلم أنه رجع قبل التأبير لزم المكذب أن يحلف، لانه لو خاف من اليمين فأقر لزمه اقراره.
هذا إذا كان المفلس مكذبا للبائع، فأما إذا كان المفلس مصدقا للبائع أنه رجع قبل التأبير، وقال الغرماء: بل رجع بعد التأبير، فهل يقبل اقرار المفلس؟ فيه قولان كالقولين فيه إذا قال: هذا العين غصبتها من فلان، أو ابتعتها منه بثمن في ذمتي، فهل يقبل في العين؟ قولان.
فإذا قلنا: يقبل كانت الثمرة للبائع ولا كلام، وإذا قلنا: لا يقبل فقد قال الشافعي رضى الله عنه: يحلف الغرماء للبائع أنه ما رجع قبل الابار.." (١)
-١٢٨
"بها، وان كانت الزيادة أكثر من أجرته بأن كانت الزيادة عشرة في حين أن أجرته خمسة كانت الزيادة على مقدار الاجرة من حق المفلس تصرف إلى باقى الغرماء.
وإن كانت الزيادة أقل من الاجرة بأن كانت قيمة الثوب قبل القصارة عشرة، فصارت قيمته مقصورا ثلاثة

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣١٩/١٣

عشر وأجرة القصار خمسة، فان القصار يشارك بائع الثوب بثلاثة دراهم ويضرب مع الغرماء بدرهمين (فرع) وإن اشترى غلاما فعله صنعة مباحة، أو علمه القران، ثم أفلس المشترى وقد زادت قيمة الغلام بذلك، فاختلف أصحابنا في ذلك على قولين كالقصار، لانه يجوز الاستئجار على ذلك، وخالف الشيخ أبو حامد وعامة والاصحاب.

وكذلك السمن في البهيمة، لانه كان نتيجة علفها، وهو أمر محتم لبقائها، وسمنها مرجعه بعد ذلك إلى الله تعالى.

قال المصنف رحمه الله:

(فصل)

وإن كان المبيع أرضا فبناها أو غرسها، فان أنفق المفلس والغرماء على قلع البناء والغراس ثبت للبائع الرجوع في الارض، لانه وجد عين ماله خاليا عن حق غيره، فجاز له الرجوع، فان رجع فيها ثم قلعوا البناء والغراس لزم المفلس تسوية الارض وأرش نقص ان حدث بها من القلع، لانه نقص حصل لتخليص ماله، ويقدم ذلك على سائر الديون، لانه يجب لاصلاح ماله فقدم كعلف البهائم وأجرة النقال.

وان امتنعوا من القلع لم يجبروا لقوله صلى الله عليه وسلم " ليس لعرق ظالم حق " وهذا غرس وبناء بحق، فان قال البائع: أنا أعطى قيمة الغراس والبناء وآخذه مع الارض، أو أقلع وأضمن أرش النقص، ثبت له الرجوع لانه يرجع في عين ماله من غير إضرار.

وان امتنع المفلس والغرماء من القلع، وامتنع البائع من بذل العوض وأرش النقص، فقد روى المزني فيه قولين

(أحدهما)

أنه يرجع

(والثانى)

أنه

لا يرجع، فمن أصحابنا من قال: ان كانت قيمة الغراس والبناء أقل من قيمة." (١)

-١٢٩

(١) المجموع شرح المهذب ٣٢٤/١٣

"أجبر المفلس والغرماء على ذلك، وكان لبائع الارض الرجوع فيها: لان الضرر يزول عن الجميع بذلك.

وان قال بايع الارض: أرجع فيها وأقر الغراس والبناء وأخذ أجرة الارض قال المسعودي كان له ذلك وان امتنع المفلس والغرماء من القلع وامتنع بائع الارض من بذل قيمة الغراس والبناء وأرش ما حصل بالقلع فهل له أن يرجع في أرضه؟ قال الشافعي رضى الله عنه في موضع: له أن يرجع فيها.

وقال في موضع: يسقط حقه من الرجوع فيها.

**واختلف أصحابنا** فيها فمنهم من قال فيها قولان.

(أحدهما)

للبايع أن يرجع في أرضه، وان لم يبذل قيمة الغراس والبناء لقوله صلى الله عليه وسلم " صاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه ولم يفرق " ولان أكثر ما فيه أنه وجده مشغولا بملك غيره، وذلك لا يسقط حقه من الرجوع كما لو با ع ثوبا فصبغه المشترى بصبغ من عنده

(والثانى)

ليس له الرجوع في أرضه، لان الارض قد صارت مشغولة بملك

غيره فسقط حقه من الرجوع فيها كما لو اشترى من رجل مسامير وسمر بها بابا ثم أفلس البايع فانه ليس للبائع للمسامير أن يرجع فيها ولان رجوع البايع في عين ماله انما جعل له لازالة الضرر عنه، فلو جوزنا له الرجوع ههنا لازلنا عنه الضرر.

وألحقناه بالمفلس والغرماء لانه لا يبقى لهما طريق إلى غراسهم وبنائهم.

ومنهم من قال: ليست على قولين.

وانما هي على حالين.

فالموضع الذى قال فيه " يرجع في أرضه ولا يدفع قيمة الغراس والبناء " محمول على ما إذا كانت قيمة الارض أكثر من قيمة الغراس والبناء.

لان الغراس والبناء تابعان للارض، والموضع الذى قال فيه " لا يرجع في الارض إذا كانت قيمة الغراس والبناء أكثر من قيمة الارض.

لان الارض تكون تابعة للغراس والبناء.

والصحيح أنها على قولين.
لان البايع لو بذل قيمة الغراس والبناء لكان له الرجوع في أرضه.
سواء كانت قيمة الارض أكثر من قيمة الغراس والبناء أو أقل.
فإذا قلنا: ليس له الرجوع في أرضه فلا كلام.
وان قلنا: له الرجوع في أرضه وان لم يدفع قيمة الغراس والبناء فرجع فيها نظرت فان اتفق الغرماء." (١)
-١٣٠

"يلزقونه الموضع، وقيل يلمس ذلك من فوق ثوب ناعم.
وقيل يكشف حالا بعد حال وهو الصحيح، لان سعدا رضى الله عنه أمر بكشف بنى قريظة.
وأما خضرة الشارب، ونزول العارضين، ونبات اللحية، وخشونة الحلق، وقوة الكلام، وانفراج مقدم الانف، ونهود الثدى فليس شئ من ذلك بلوغا لانه قد يتقدم على البلوغ وقد يتأخر عنه.
وأما الحيض فهو بلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم: لا يقبل الله صلاة امرأة تحيض إلا بخمار، فجعلها مكلفة بوجود الحيض، فدل على أنه بلوغ، وأما الحمل فإنه ليس ببلوغ في نفسه، وإنما هو دلالة على البلوغ، فإذا حملت المرأة علمنا أنه قد خرج منها المنى لقوله تعالى " خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب " فإذا وضعت المرأة الحمل حكمنا بأنها بلغت قبل الوضع بستة اشهر، إن كانت
ذات زوج، لان ذلك قدر مدة الحمل عندنا، وإن كانت مطلقة فأتت بولد يلحق الزوج حكمنا أنها كانت بالغة قبل الطلاق.
وأما الغلام الذى شبب في شعره فهو عمر بن أبى ربيعة وكانت له جولات في الغزل على عهد عمر ومن بعده.
(فرع)
وأما الخنثى المشكل فإذا استكمل خمس عشرة سنة أو نبت له الشعر الخشن على عانته حكم ببلوغه، لانه يستوى في ذلك الرجل والمرأة، فان حمل زال إشكاله، وبان أنه إمرأة، وحكم بأنه بالغ قبل الوضع، وان خرج المنى منه من أحد الفرجين لم يحكم ببلوغه لجواز أن يكون خرج منه من الفرج الزائد، وان خرج منه الدم من فرج النساء لم يحكم ببلوغه لجواز أن يكون رجلا.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٢٧/١٣

وهذا عضو زائد، وان خرج منه المنى من الفرجين حكم ببلوغه.

لان خروج المنى من فروج الرجال والنساء بلوغ.

قال الشافعي رضى الله عنه: وان حاض وأمنى لم يبلغ **واختلف أصحابنا** فيه فقال الصيمري: إذا حاض من فرج النساء وأمنى من فرج الرجال لم يحكم ببلوغه.

وقال الشيخ أبو حامد وعامة أصحابنا يحكم ببلوغه، لانه ان كان رجلا فقد احتلم.

وان كانت امرأة فقد حاضت، وما ذكره." (١)

-١٣١

"الشافعي رضى الله عنه فله تأويلان

(أحدهما)

أنه أراد أمنى وحاض من فرج واحد.

(والثانى)

أراد حاض وأمنى.

فان قيل: هلا جعلتم خروج المنى منه من أحد الفرجين، دليلا على بلوغه؟ كما جعلتم خروج البول دليلا على ذكوريته وأنوثيته، فالجواب أن البول لا يخرج الا من الفرج المعتاد، والمنى قد يخرج من المعتاد وغيره.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

فأما ايناس الرشد فهو اصلاح الدين والمال فاصلاح الدين ان لا يرتكب من المعاصي ما يسقط به العدالة واصلاح المال أن يكون حافظا لماله غير مبذر ويختبره الولى اختبار مثله من تجارة ان كان تاجرا أو تناء ان كان تانئا (١) أو اصلاح أمر البيت ان كانت امرأة.

**واختلف أصحابنا** في وقت الاختيار فمنهم من قال: لا يختبر في التجارة الا بعد البلوغ لان قبل البلوغ يصح تصرفه، فلا يصح اختباره، ومنهم من قال: يختبر قبل البلوغ لقوله تعالى " وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح " فأمر باختبار اليتامى وهم الصغار فعلى هذا كيف يختبر فيه وجهان

(أحدهما)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٦٥/١٣

أنه يسلم إليه المال فإذا ساوم وقرر الثمن عقد الولى لان عقد الصبى لا يصح

(والثانى)

أنه يتركه حتى يعقد لان هذا موضع ضرورة.

(فصل)

وان بلغ مبذرا (٢) استديم الحجر عليه لان الحجر عليه انما يثبت للحاجة إليه لحفظ المال والحاجة قائمة مع التبذير فوجب أن يكون الحجر باقيا، وان بلغ مصلحا للمال فاسقا في الدين استديم الحجر عليه لقوله تعالى " فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " والفاسق لم يؤنس منه الرشد ولان حفظه للمال لا يوثق به مع الفسق لانه لا يؤمن ان يدعوه الفسق إلى التبذير فلم يفك الحجر عنه ولهذا لم تقبل شهادته، وان كان معروفا بالصدق لانا لا نأمن أن يدعوه الفسق إلى الكذب وينظر في ماله من كان ينظر في حال الصغر وهو الاب والجد

---

(١) قوله " أو تناء ان كان تانئا " التنأ الزراعة والتانئ الزارع (٢) المبذر الذى يخرج المال في غير وجهه وأصله التفريق، ومنه البذر في الزراعة لانه يفرق.." (١)

-١٣٢

"ومن الناس من يرى أن الصبى إذا بلغ وهو يفرط في إنفاق المال في وجوه الخير من الصدقات ونحوها يكون سفيها لذلك، والصحيح أنه لا يكون بذلك سفيها.

ومن الناس من يرى أن الرشد هو الصلاح في المال فقط.

وعندنا ليس كذلك، بل لابد من الصلاح في الدين والمال، وخالف فيه بعض أصحابنا وجماعة من العلماء ومن السفه ما يكون طارئا ومنه ما يكون مستداما، والشاهد قد يكون عاميا وقد يكون فقيها ويرى سفها ما ليس بسفه عند القاضى.

وكذلك الرشد.

فكيف

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٦٦/١٣

تقبل شهادته مطلقة.

فينبغي أن لا تقبل الشهادة بالسفه حتى يبين سببه، ولا بالرشد حتى يبين أنه مصلح لدينه وماله كما هي عادة المحاضر التى تكتب بالرشد.

وقال الماوردى: إذا أقر الراهن والمرتهن عند شاهدين أن يؤديا ما سمعاه مشروحا فلو أرادا أن لا يشرحا بل شهدا أنه رهن بألفين، فإن لم يكونا من أهل الاجتهاد لم يجز، وكذا إن كانا من أهل الاجتهاد في الاصح، لان الشاهد ناقل، والاجتهاد إلى الحاكم وقال ابن ابى الدم: الذى تلقيته من كلام المراوزة وفهمته من مدارج مباحثاتهم المذهبية أن الشاهد ليس له أن يرتب الاحكام على أسبابها، بل وظيفته نقل ما سمعه أو شاهده، فهو سفير إلى الحاكم فيما ينقله من قول سمعه أو فعل رآه، وقد اختلف أصحابنا في الشهادة بالردة، هل تقبل مطلقة أو لابد من البيان، والمختار عندي أنه لابد من البيان وفاقا للغزالي لاختلاف المذاهب في التكفير، ولجهل كثير من الناس، وإن كان الرافعى رجح قبولها مطلقة لظهور أسباب للكفر.

وهذه العلة لا يأتي مثلها في السفه والرشد فيترجح أنه لابد من البيان كالجرح، وليس الرشد كالتعديل حتى يقبل مطلقا، نعم هو مثله في الاكتفاء في الاطلاق في صلاح الدين، والاطلاق في صلاح المال لعسر التفصيل فيه.

أما إطلاق الرشد من غير بيان الدين والمال فلا يكفى، وبعد أن أوضح العلامة رحمه الله تقديم بينة الرشد على بينة السفه مقيدة بالتاريخ قال: وأما إذا قبلناها مطلقة فالذي بحثه الولد - يعنى ابنه - صحيح.

ويشهد له ما قاله الشيخ تقى الدين أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله في فتاويه في ثلاث مسائل متجاورة في." (١)

-١٣٣

"ان الواجب القصاص لا غير صح عفوه.

وان قلنا الواجب أحد الامرين لم يصح عفوه عن المال وان أقر بجناية العمد صح اقراره لانه غير متهم في ذلك، فان أراد المقر له العفو على المال.

قال الطبري: فان قلنا ان موجب العمد القود ثبت المال، لان الذى ثبت باقراره هو القتل والقطع دون المال. وان قلنا ان موجبه أحد الامرين فهل يثبت.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٧١/١٣

اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: فيه قولان كالعبد إذا أقر بالسرقة فانه يقبل في القطع، وهل يقبل في المال، فيه قولان.

ومنهم من قال: له أخذ المال قولا واحدا، لان الواجب أحدهما لا بعينه، وكل واحد منهما بدل عن الآخر، وتعلقهما بسبب واحد.

وأما السرقة ففيها حكمان

(أحدهما)

القطع لله تعالى لانه حق الله تبارك وتعالى، والاخر للآدمي فجاز ثبوت أحدهما دون الاخر.

ولهذا لو شهد رجل وامرأتان على السرقة ثبت المال دون القطع، ولو شهدا على القطع لم يثبتا.

وان دبر السفيه أوصى - على ما سنفصله ان شاء الله في أحكام المدبر - فاختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال فيه قولان كالصبي، ومنهم من قال: يصح قولا واحدا قال الطبري وهو الصحيح، لان الصغير لا حكم لقوله ولا يصح شئ من اقراره بخلاف السفيه فانه يصح اقراره بالنسب (فرع)

المرتد إذا قلنا ان ملكيته باقية على ماله فانه محجور عليه، وهل يفتقر إلى حجر الحاكم، فيه قولان.

وإذا زال السفه فانه لا ينفك الحجر عنه الا بحكم الحاكم، لانه حجر ثبت بالحاكم فلم يزل من غير حكمه.

والله تعالى أعلم وهو الموفق للصواب.." (١)

-١٣٤

"ملك المدعى ما يأخذه وانقطع حقه من العين، وهل يملك المدعى عليه العين المدعى بها، ينظر فيه، فإن كان قد وكل الأجنبي ملك العين، فان كان الأجنبي قد دفع العوض من مال نفسه باذن المدعى عليه، وإن دفع بغير إذنه لم يرجع عليه كالدين، لانه متطوع، لانه إنما أذن له في العقد دون الدفع.

وإن كان المدعى عليه لم يوكل الأجنبي في الصلح فهل يملك العين؟ فيه وجهان المنصوص أنه لا يملكها.

وحكى أبو علي في الافصاح أنه يملكها كما قال الشافعي رضى الله عنه إذا اشترى رجل أرضا وبناها مسجدا، وجاء رجل فادعاها، فان صدقه لزمه قيمتها، وإن كذبه فجاء رجل من جيران المسجد فصالحه صح الصلح لانه بذل مال على وجه البر.

قال العمراني في البيان: وهذا ليس بصحيح لانه لا يجوز أن يملك غيره بغير ولاية ولا وكالة، قال: فعلى هذا

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٨٢/١٣

يكون الصلح باطلا

في الباطن، صحيحا في الظاهر.

(قلت) وأما المسألة المذكورة في المسجد فلا تشبه هذه، لان الواجب على المدعى عليه القيمة، لانه قد وقفها، ويجوز الصلح عما في ذمة غيره بغير إذنه كما سبق أن بينا ذلك.

وإن قال الأجنبي للمدعى: المدعى عليه منكر لك ولكن صالحني عما ادعيت لتكون العين له.

فهل يصح الصلح؟ قال المسعودي: فيه وجهان.

وأما إذا قال الأجنبي: أنت صادق في دعواك، فصالحني لتكون هذه العين إلى فاني قادر على انتزاعها فيصح الصلح كما يصح أن تبتاع شيئا في يد غاصب، فان قدر الأجنبي على انتزاعها استقر الصلح، وان لم يقدر كان له الخيار في فسخ الصلح، كمن ابتاع عينا في يد غاصب ولم يقدر على انتزاعها.

إذا ثبت هذا: فان المدعى عليه قد وكل الأجنبي في أن يصالح عنه، فهل يصح هذا التوكيل وهذا الصلح فيما بينه وبين الله تعالى؟ **اختلف أصحابنا** فيه، فقال أبو العباس لا يجوز له الانكار لانه كاذب، الا أنه يجوز له بعد ذلك أن يوكل ليصالح عنه على ما ذكرناه، قال المصنف: لا يجوز له ذلك بل يلزمه الاقرار به لصاحبه، ولا يجوز له الوكالة لمصالحة عنه إذا غصب العين أو اشتراها من غاصب وهو يعلم ذلك.." (١)

-١٣٥

"قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

وإن أخرج جناحا إلى دار جاره من غير إذنه لم يجز.

**واختلف أصحابنا** في تعليله، فمنهم من قال لا يجوز لانه ارتفاق بما تعين مالكه فلم يجز بغير إذنه من غير ضرورة، كأكل ماله.

ومنهم من قال لا يجوز، لان الهواء تابع للقرار.

والجار لا يملك الارتفاق بقرار دار الجار، فلا يملك الارتفاق بهواء

داره، فإن صالحه صاحب الدار على شئ لم يجز لان الهواء تابع فلا يفرد بالعقد (الشرح) الاحكام: إذا أراد أن يخرج جناحا أو روشنا فوق دار غيره أو شارع جاره بغيره إذنه لم يجز لانه لا يملك الارتفاق بقرار أرض

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٩٣/١٣

جاره إلا بإذنه فكذلك الارتفاق بهواء أرض جاره، فان صالحه صاحب الدار أو الشارع على ذلك بعوض لم يصح لانه لا يجوز إفراد الهواء بالعقد.

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل)

وإن أخرج جناحا إلى درب غير نافذ نظرت فان لم يكن له في الدرب طريق لم يجز، لما ذكرناه في دار الجار، وان كان له فيه طريق ففيه وجهان

(أحدهما)

يجوز، وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني، لان الهواء تابع للقرار، فإذا جاز أن يرتفق بالقرار بالاجتياز جاز أن يرتفق بالهواء باخراج الجناح

(والثاني)

لا يجوز، وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله لانه موضع تعين ملاكه فلم يجز اخراج الجناح إليه كدار الجار، فان صالحه عنه أهل الدرب، فان قلنا يجوز اخراج الجناح لم يجز الصلح، لما ذكرناه في الصلح على الجناح الخارج إلى الشارع، وان قلنا لا يجوز اخراجه لم يجز الصلح لما ذكرناه في الصلح على الجناح الخارج إلى دار الجار (الشرح) وان أراد أن يخرج جناحا أو روشنا إلى درب غير نافذ وله طريق في هذا الدرب، فان كان يضر بالمارة لم يجز من غير إذن أهل الدرب، كما لا يجوز اخراج جناح يضر إلى شارع نافذ الا إذا أذنوا بذلك أهل الدرب وقال القاضي أبو الطيب " لا يجوز له ذلك بغير اذنهم لانه مملوك لقوم معينين فلم يجز له اخراج الجناح إليهم بغير اذنهم " والله تعالى أعلم." (١)

-١٣٦

"ويرجع الذى بناه على شريكه بحصته من النفقة، وان بناه بغير اذن شريكه لا ان الحاكم لم يرجع بما أنفق، لانه متطوع بالانفاق، ثم ينظر فان بنى الحائط بآلته ومادته الاولى كان ملكا بينهما كما كان، لان المنفق انما أنفق على التأليف، وذلك أثر لا عين يملكها.

وان أراد الذى بناه نقضه لم يكن له ذلك لان الحائط ملك لهما، وان بنى له بآلة أخرى كان الحائط للذى

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٣/٤٠٠

بناه، وله أن يمنع شريكه من

الارتفاق به، فان أراد الذى بناه نقضه كان له ذلك لانه منفرد بملكه وان قال له الممتنع لا تنقض وأنا أدفع ما يخصنى من النفقة أجبر الذى بناه على التبقية، لانه لما أجبر الشريك على البناء أجبر الذى بنى على التبقية ببذل النفقة وان كان بينهما نهر أو بئر وأنفق أحدهما بغير اذن شريكه أو اذن الحاكم فانه لا يرجع بما أنفق، وليس له أن يمنع شريكه من نصيبه من الماء، لان الماء ينبع في ملكيهما، وليس له الا نقل الطين، وذلك أثر لا عين بخلاف الحائط.

وان قلنا بقوله الجديد لم يجبر الممتنع منهما.

فان أراد أحدهما بناءه لم يكن للآخر منعه من ذلك لانه يزول به الضرر عن الثاني، فان بناه بآلته كان الحائط ملكا لهما كما كان، فلو أراد الذى بناه أن ينقضه لم يكن له ذلك لان الحائط ملكهما، فهو كما لو لم ينفرد ببنائه.

وان بناه بآلة له فهو ملك الذى بناه وله أن يمنع شريكه من الارتفاق به.

فان أراد الذى بناه أن ينقضه كان له ذلك لانه ملك له ينفرد به، فان قال له الممتنع: لا تنقض وأنا أدفع اليك ما يخصنى من النفقة لم يجبر الذى بنى على التبقية لانه لما لم يجبر على البناء في الابتداء لم يجبر على التبقية في الانتهاء فإن طالب الشريك الممتنع بنقضه لم يكن له ذلك الا أن يكون له خشب فيقول له اما أن تأخذ منى ما يخصنى من النفقة وتمكنني من وضع خشبي أو تقلع حائطك لنبنيه جميعا فيكون له ذلك لانه ليس للذى بناه ابطال رسوم شريكه، هذا إذا انهدم أو هدماه من غير شرط البناء.

فأما إذا هدماه على أن يبنيه أحدهما، أو هدمه أحدهما متعديا.

قال الشافعي رضى الله عنه أجبرته على البناء **واختلف أصحابنا** فيه، فمنهم من قال هي على قولين، كما لو هدماه من غير شرط." (١)

-١٣٧

"فان أراد صاحب العلو أن يبنى من غير إذن الحاكم وأذن صاحب السفل لم يمنع من ذلك لانه يستحق الحمل على حيطان السفل، ولا يرجع بما انفق عليها لانه متطوع، فان بنى السفل بآلته كان ملكا لصاحب السفل كما كان، ويرجع لصاحب العلو نقضها، ولكن يعيد علوه عليها.

(١) المجموع شرح المهذب ٤١٧/١٣

وإن بناه بآلة أخرى كانت الحيطان ملكا لصاحب العلو، وليس لصاحب السفل أن يضع عليها شيئا، ولا يتد فيها وتدا، ولكن له أن يسكن في قرار السفل، لان ذلك قرار ملكه، فان أراد صاحب العلو نقض ذلك كان له ذلك لانه له أن يسكن في قرار السفل، لان ذلك قرار ملكه، فان أراد صاحب العلو نقض ذلك كان له ذلك لانه ملكه فان بذل صاحب السفل ما أنفق ولا ينقض لم يجبر صاحب العلو على التبقية لانه لم يجبر على البناء في الابتداء فلم يجبر على التبقية في الانتهاء (مسألة) قال الشافعي رضى الله عنه: ولو ادعى على رجل بيتا في يده فاصطلحا بعد الاقرار على أن يكون لاحدهما سطحه، والبناء على جدرانه بناء معلوما فجائز، **واختلف أصحابنا** في صورة هذه المسألة، فقال أبو العباس بن سريج وصورتها أن يدعى رجل على رجل دارا في يده علوها وسفلها فيقر له بها، ثم

اصطلحا على أن يكون السفل والعلو للمقر له.

ويبنى المقر على العلو بناء معلوما.

فيصح الصلح، ويكون ذلك فرعا للعارية وليس بصلح معاوضة، لان صلح المعاوضة إسقاط بعض حقه بعوض، وهذا ترك بعض حقه بلا عوض، لانه ملك العلو والسفل بالاقرار، ثم ترك المقر له للمقر العلو بغير عوض فيكون عارية له الرجوع فيها قبل البناء، وليس له الرجوع بعد البناء، كما قال الشافعي رضى الله عنه: إذا ادعى على رجل دارا فأقر له بها ثم صالحه منها على سكناها فلا يكون صلحا وإنما يكون عارية ومنهم من قال صورتها أن يدعى رجل على رجل سفل بيت عليه علو ويقر أن العلو للمدعى، فيقر المدعى عليه للمدعى بالسفل، ثم اصطلحا على أن يكون السفل للمدعى عليه، على أن المدعى يبنى على العلو غرفة معلومة البناء فيصح." (١)

-١٣٨

"قال الشيخ أبو حامد الاسفراينى: وهذا أصح التأويلين، وقال ابن الصباغ: الاول أشبه بكلام الشافعي رحمه الله تعالى.

(مسألة ثانية) إذا ادعى رجل دارا في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفها، وانكر الآخر وحلف له.

فصالح المقر للمدعى عن نصف الدار على عوض وصار ذلك النصف للمقر، فهل لشريكه المنكر أن يأخذ ذلك بالشفعة؟ قال الشيخ أبو حامد: إن كان ملكا بجهتين مختلفتين، مثل أن كان أحدهما ورث ما بيده

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٢٠/١٣

والآخر ابتاع ما بيده، فللشريك المنكر الشفعة، لان الجهتين إذا اختلفتا أمكن أن يكون نصيب أحدهما مستحقا، فيدعيه صاحبه فيعطيه ثم يملكه بالصلح فتثبت فيه الشفعة.

وإن اتفقت جهة الملك لهما بالارث مثلا أو الابتياع.

ففيه وجهان

(أحدهما)

ليس للمنكر الاخذ بالشفعة، لانه يقر بأن أخاه أقر بنصف

الدار بغير حق ولم يملكه بالصلح.

وهذا يمنعه من المطالبة بالشفعة

(والثانى)

له المطالبة بالشفعة وهو الصحيح، لانه قد حكم بنصفها للمقر له وحكم بأنه انتقل إلى المقر له بالصلح، مع أنه يحتمل أن يكون قد انتقل إليه نصيب المقر من غير أن يعلم الآخر.

وأما ترتيب ابن الصباغ فيها فقال: إن كان إنكار المنكر مطلقا، كأن أنكر ما ادعاه فله الاخذ بالشفعة. وان قال: هذه الدار لنا ورثناها عن أبينا، فهل له الاخذ بالشفعة؟ فيه وجهان (مسألة ثالثة) قال الشافعي رضى الله عنه: إذا أقر أحد الورثة في دار في أيديهم بحق لرجل ثم صالحه منه على شئ بعينه فالصلح جائز، والوارث المقر متطوع ولا يرجع على إخوته بشئ، **واختلف أصحابنا** في صورتها، فمنهم من قال: صورتها أن يدعى رجل على جماعة ورثة لرجل دارا في أيديهم كان أبوهم قد غصبه إياها فأقر له أحدهم بذلك وقال صدقت في دعواك وقد وكلنى شركائي على مصالحتك بشئ معلوم، فحكم هذا في حق شركائه حكم الأجنبي إذا صالح عن المدعى عليه عينا مع الانكار، على ما مضى بيانه وقال أبو على الطبري: تأويلها أن يدعى رجل على جماعة ورثة دينا على." (١)

-١٣٩

"أن يحيل بعض غرمائه على بعض، وجاز لغرمائه أن يحيلوا عليه بما لهم في ذمته.

لان الحق ثابت في ذمته.

وأما ما في ذمته من مال الكتابة فلا يجوز لسيده أن يحيل به عليه، لانه غير مستقر، لان له أن يعجز نفسه

(١) المجموع شرح المهذب ٤٢١/١٣

متى شاء، فلا معنى للحوالة به، وإن أراد المكاتب أن يحيل سيده بمال الكتابة الذى عليه على غريم للمكاتب قال ابن الصباغ صحت الحوالة.

(قلت) وقد قال أصحاب أحمد كقولنا في كل ما ذكرنا وفى الدين على المكاتب وله حكمه حكم الاحرار، وكذلك ما في ذمته من مال الكتابة له أن يحيل سيده على غرمائه وتبرأ ذمته من مال الكتابة بهذه الحوالة، ويكون ذلك بمنزلة القبض، ولا يصح لسيده أن يحيل مال الكتابة إلى غرمائه لانه يستطيع أن يعجز نفسه.

واشترط صاحب المجموع أن يكون النجم قد حل لانه بمنزلة أن يقضيه

ذلك من يده، وان كان لسيده عليه مال من جهة المعاملة فهل يجوز للسيد أن يحيل غريما له عليه، فيه وجهان حكاهما الطبري

(أحدهما)

يصح.

ولم يذكر ابن الصباغ غيره، لانه دين لازم

(والثانى)

لا يصح لانه قد يعجز نفسه فيسقط ما في ذمته لنفسه من دين المعاملة وغيرها، لان السيد لا يثبت له مال على العبد قال الصيمري: وان أحاله رجل على عبده – فإن كان مأذونا في التجارة – جاز، وان كان غير مأذون ففيه وجهان، الاصح لا تصح الحوالة (فرع)

إذا أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح لانه دين غير مستقر، وان أحالها الزوج به صح، لانه له تسليمه إليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه، وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر قال المصنف رحمه الله:

(فصل)

**واختلف أصحابنا** في جنس المال الذى تجوز به الحوالة، فمنهم من قال لا تجوز الا بما له مثل، كالاثمان والحبوب وما أشبهها، لان القصد بالحوالة اتصال الغريم إلى حقه على الوفاء من غير زيادة ولا نقصان، ولا يمكنه ذلك الا فيما له مثل، فوجب أن لا يجوز فيما سواه، ومنهم من قال تجوز في كل ما يثبت." (١)

-١٤٠

(١) المجموع شرح المهذب ٤٢٧/١٣

"في الذمة بعقد السلم كالثياب والحيوان، لانه مال ثابت في الذمة يجوز بيعه قبل القبض، فجازت الحوالة به كذوات الامثال.

(فصل)

ولا تجوز الا بمال معلوم، لانا بينا أنه بيع فلا تجوز في مجهول **واختلف أصحابنا** في ابل الدية، فمنهم من قال لا تجوز.

وهو الصحيح لانه مجهول الصفة فلم تجز الحوالة به كغيره.

ومنهم من قال تجوز لانه معلوم العدد والسن فجازت الحوالة به.

(الشرح) الاحكام: تجوز الحوالة بالدراهم والدنانير وبما له مثل كالطعام والادهان، وما استحدث في عصرنا هذا من صناعات بخارية وكهربية كالسيارة والثلاجة والغسالة والمرناة (التلفزيون) والمذياع بشرط أن تكون جديدة محددة الصفات حتى تتحق المثلية، فإذا كانت مستعملة وأمكن تحديد الهرش من حيث زمن الاستعمال وقدر الهرش وضبطه ووجد المثيل بشهادة الخبير الامين من غير زيادة أو نقصان جازت الحوالة، لان القصد بالحوالة ايفاء الغريم حقه من غير زيادة ولا نقصان، وذلك يحصل بما ذكرناه.

وهل تصح الحوالة بما لا مثل له مما يضبط بالصفة كالثياب والحيوان والعروض التى يصح السلم عليها؟ فيه وجهان

(أحدهما)

يصح، لانه مال ثابت في الذمة مستقر فصحت الحوالة به، كالدراهم والدنانير

(والثانى)

لا يصح، لان المثل فيه لا ينحصر، ولهذا لا يضمن بمثله في الاتلاف.

فإذا قلنا بهذا لم تجز الحوالة بإبل الدية، وإذا قلنا بالاول فهل تصح الحوالة بإبل الدية.

فيه وجهان مخرجان من القولين للشافعي رضى الله عنه: إذا جنت امرأة على رجل موضحة فتزوجها على خمس من الابل في ذمتها له أرش جنايتها عليه.

وكذلك قال في الصلح: إذا كان له في ذمته أرش جناية خمس من الابل فصالح عنها، فهل يصح.

فيه قولان

(أحدهما)

يصح لانه دين مستقر في الذمة معلوم العدد والسن.

(والثانى)

لا يصح وهو الصحيح، لانها مجهولة الصفة، لا يتعين على من وجبت عليه أن يسلمها بخصوصها." (١)

-١٤١

"وأما الخراسانيون فقالوا: هل يعتبر رضا المحيل؟ فيه وجهان.

وصورتها أن يقول المحتال عليه لرجل أحلتك على نفسي بالحق الذى لك على فلان، فإذا قال: قبلت، فهل يصح؟ على الوجهين بناء على الوجهين فيما لو قال: ضمنت عنه بشرط أن تبرئه.

وعندي أن هذين الوجهين انما يتصوران في المحال عليه، إذا لم يكن عليه حق للمحيل - وقلنا: تصح الحوالة على من لا حق له عليه برضاه - فأما إذا كان عليه حق للمحيل فهل يعتبر في صحة الحوالة؟ فيه وجهان.

أحدهما: وهو قول ابن القاص وأبى سعيد الخدرى وأبى سعيد الاصطخرى أن الحوالة لا تصح الا برضاه، وهو قول الزهري، لانه أحد من تتم به الحوالة فاعتبر رضاه كالمحيل والمحتال.

والثانى: وهو المذهب أن الحوالة تصح من غير رضاه، لان المحيل أقام

المحتال مقامه في القبض فلم يعتبر رضا من عليه الحق، كما لو وكل من له الحق وكيلا في القبض، فانه لا يعتبر رضا من عليه الحق.

قال المصنف رحمه الله:

(فصل)

إذا أحال بالدين انتقل الحق إلى المحال عليه، وبرئت ذمة المحيل لان الحواله اما أن تكون تحويل حق أو بيع حق، وأيهما كان وجب أن تبرأ به ذمة المحيل.

(فصل)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٢٨/١٣

ولا يجوز شرط الخيار فيه، لانه لم ين على المغابنة فلا يثبت فيه خيار الشرط، وفى خيار المجلس وجهان

(أحدهما)

يثبت لانه بيع فيثبت فيه خيار المجلس كالصلح

(والثانى)

لا يثبت، لانه يجرى مجرى الابراء، ولهذا لا يجوز بلفظ البيع، فلم يثبت فيه خيار المجلس.

(الشرح) الاحكام: قال الشيخ أبو حامد.

**اختلف أصحابنا** في الحوالة هل هي بيع أو رفق، على وجهين، فمنهم من قال.

انها رفق لقوله صلى الله عليه وسلم " فإذا أحيل أحدكم على ملئ فليحتل " فندب إلى الحوالة والبيع مباح لا مندوب." (١)

-١٤٢

"قضى المحتال صح القضاء، ولا يرجع المحيل على المحال عليه بشئ، إذا قضى بغير اذنه.

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه وأصحابه: يكون له الرجوع عليه.

دليلنا أن الحوالة قد صحت، وانما يتبرع بالقضاء، فلم يرجع عليه بشئ، ولانه لا يملك ابطال الحوالة فكان بدفعه متبرعا، كما لو قضى عنه أجنبي.

(فرع)

فان أحاله على رجل ولم يشرط أنه ملئ أو معسر فبان أنه معسر لم يرجع المحتال على المحيل سواء علم باعساره أو لم يعلم، وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك إذا لم يعلم باعساره كان له الرجوع على المحيل دليلنا أن الاعسار لو حدث بعد الحوالة وقبل القبض لم يثبت للمحتال الخيار فكذلك إذا ثبت أنه معسر حال العقد، وأما إذا أحاله على رجل بشرط أنه ملئ قال الشيخ أبو حامد، فان قال أحلتك على فلان الموسر أو على فلان وهو موسر فقبل الحوالة، ثم بان أنه معسر فقد روى المزني عن الشافعي أنه لا يرجع على المحيل أبدا، سواء كان المحال عليه غنيا أو فقيرا أفلس أو مات معدما، غره أو لم يغره.

**واختلف أصحابنا** فيه، فقال أبو العباس بن سريج له أن يرجع على المحيل كما لو باعه سلمة بشرط أنها

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٣٣/١٣

سليمة من العيب فبانت بخلافها، قال وما نقله المزني فلا أعرفه للشافعي رحمه الله في شئ من كتبه.

وقال أكثر أصحابنا ليس له أن يرجع عليه كما نقله المزني، لان الاعسار لو كان غنيا في الحوالة لثبت له به الخيار من غير شرط كالعيب في المبيع، ولان التفريط في البيع من جهة البائع حيث لم يبين العيب في سلعته. فإذا لم يبين ثبت للمشترى الخيار.

والتفريط ههنا من جهة المحتال حيث لم يختبر حال المحال عليه ولان السلعة حق للمشترى فإذا وجدها ناقصة كان له الرجوع إلى الثمن.

وليس كذلك ذمة المحال عليه لانها ليست بنفس حق المحتال وانما هي محل لحقه فوجود الاعسار بذمة المحال عليه ليس بنقصان في حقه، وانما يتأخر حقه، ألا ترى أنه قد يتوصل إلى حقه من هذه الذمة الخربه.

بأن يوسر أو يستدين فيقضيه حقه بخلاف المبيع إذا وجده معيبا.

والله أعلم." (١)

-١٤٣

"قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل)

وإن اشترى رجل من رجل شيئا بألف، وأحال المشترى البائع على رجل بالالف، ثم وجد بالمبيع عيبا فرده فقد **اختلف أصحابنا** فيه، فقال أبو على الطبري: لا تبطل الحوالة، فيطالب البائع المحال عليه بالمال ويرجع المشترى على البائع بالثمن لانه تصرف في أحد عوضي البيع فلا يبطل بالرد بالعيب كما لو اشترى عبدا وقبضه وباعه، ثم وجد البائع بالثوب عيبا فرده.

وقال أبو إسحاق تبطل الحوالة، وهو الذى ذكره المزني في المختصر، فلا يجوز للبائع مطالبة المحال عليه، لان الحوالة وقعت بالثمن، فإذا فسخ البيع خرج المحال به عن أن يكون ثمنا فإذا خرج عن أن يكون ثمنا ولم يتعلق به حق غيرهما وجب ان تبطل الحوالة ويخالف هذا إذا اشترى عبدا وقبضه وباعه لان العبد تعلق به حق غير المتبايعين وهو المشترى الثاني، فلم يمكن إبطاله، والحوالة لم يتعلق بها حق غيرهما، فوجب إبطالها.

وإن أحال الزوج زوجته بالمهر على رجل، ثم ارتدت المرأة قبل الدخول ففى الحوالة وجهان بناء على المسألة قبلها.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٣٧/١٣

وإن أحال البائع رجلا على المشترى بالالف، ثم رد المشترى المبيع بالعيب لم تبطل الحوالة وجها واحدا، لانه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين، وهو الأجنبي المحتال، فلم يجز إبطالها.

(الشرح) الاحكام: إذا اشترى رجل من رجل سيارة بألف ثم أحال المشترى البائع بالالف على رجل عليه للمشترى ألف، ثم وجد المشترى بالسيارة عيبا فردها.

فإن ردها بعد قبض البائع مال الحوالة انفسخ البيع ولم تبطل الحوالة بلا خلاف على المذهب.

بل تثبت في ذمة المحال عليه ويرجع المشترى على البائع بالثمن.

وان رده قبل قبض البائع مال الحوالة فقد ذكر المزني في المختصر أن الحوالة باطلة.

وقال في الجامع الكبير الحوالة ثابتة.

**واختلف أصحابنا** فيها على أربع طرق.

فقال أبو العباس بن سريج وأبو علي ابن أبي هريرة: تبطل الحوالة كما ذكر في المختصر.

لان الحوالة وقعت بالثمن." (١)

-١٤٤

"لم يلزمه الضمان، لانه وكيل، ويرجع على المحيل بدينه، ويبرأ المحال عليه، لانه إن كان محتالا فقد وفاه حقه وإن كان وكيلا فقد دفع إليه.

(الشرح) الاحكام: قال أبو العباس بن سريج: إذا كان لرجل عند رجل ألف فقال من له الدين لرجل لا شئ له عليه، أحلتك على فلان بألف، فهذا توكيل منه في القبض، وليس بحوالة، لان الحوالة إنما تكون عمن له حق، ولا حق للمحتال ههنا فثبت أن ذلك توكيل.

وإن كان لزيد على عمرو ألف درهم ولعمرو على خالد ألف، فاختلف زيد وعمرو، فقال زيد.

أحلتني بالالف التى عليك لى بالالف التى لك على خالد بلفظ الحوالة.

وقال عمرو.

بل وكلتك بأن يقبضها لى منه بلفظ الوكالة، فالقول قول عمرو لانهما اختلفا في لفظه، وهو أعلم بلفظه، ولانه قد ثبت استحقاق عمرو الالف في ذمة خالد، وزيد يدعى أن ملكها قد انتقل إليه بالحوالة، والاصل بقاء ملك عمرو عليها، وعدم ملك زيد.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٣٨/١٣

فإن قال عمرو لزيد.

أحلتك على خالد بالالف التى لى عليه، فقبل زيد ثم اختلفا فقال عمرو وكلتك لتقبضها لى منه.

ومعنى قولى أحلتك أي سلطتك عليه وقال زيد.

بل أحلتني عليه بديني الذى لى عليك، **فاختلف أصحابنا** فقال المزني.

القول قول المحيل وهو عمرو.

وقال الشيخ أبو حامد والطبري: وبه قال المصنف وأبو العباس بن سريج

وأكثر أصحابنا، وهو قول أبى حنيفة.

لانهما قد اتفقا على ملك عمرو للالف التى في ذمة خالد، واختلفا في انتقالها إلى زيد وهو المحتال كان القول قول عمرو لان الاصل بقاء ملكه عليها، وإن كان الظاهر مع زيد، كما لو كان لرجل سيارة في يد آخر فادعى من هي بيده أن مالكها وهبها منه.

وقال المالك.

بل أعرتكها فالقول قول المالك.

وكما لو كانت دار في يد رجل فادعى رجل أنه ورثها من أبيه أو ابتاعها، وأقام على ذلك بينة، وادعى من هي بيده أنها ملكه فإنه يحكم بها لصاحب البينة لانه قد عرف له أصل ملك، وإن كان الظاهر مع صاحب اليد.." (١)

-١٤٥

"فهل يصح؟ فيه وجهان كما قلنا في غير المكاتب، وإن قلنا لا يصح فلا كلام، وإن قلنا يصح كان ذلك في ذمته إلى أن يعتق وإن ضمن بإذن سيده، فان قلنا يجوز للكاتب أن يهب شيئا من حاله بإذن سيده على ما مضى من بياننا لحكمه وإن قلنا لا يجوز للمكاتب أن يهب شيئا لغيره بغير إذن سيده فالذي يقتضى المذهب أن يصح الضمان ويتبع به إذا عتق، ولا يقضى من المال الذى بيده قبل أداء الكتابة والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

ويصح الضمان من غير رضا المضمون عنه لانه لما جاز قضاء دينه من غير رضاه، جاز ضمان ما عليه من

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٤٣/١٣

غير رضاه.

واختلف أصحابنا في رضا المضمون له، فقال أبو على الطبري: يعتبر رضاه لانه إثبات مال في الذمة بعقد لازم، فشرط فيه رضاه كالثمن في البيع وقال أبو العباس: لا يعتبر، لان أبا قتادة ضمن الدين عن الميت بحضرة النبي.

ولم يعتبر النبي صلى الله عليه وسلم رضا المضمون له

(فصل)

وهل يفتقر إلى معرفة المضمون له والمضمون عنه.

فيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يفتقر إلى معرفة المضمون عنه، ليعلم أنه هل هو ممن يسدى إليه الجميل ويفتقر إلى معرفة المضمون له ليعلم هل يصلح لمعاملته أم لا يصلح، كما يفتقر إلى معرفة ما تضمنه من المال هل يقدر عليه أم لا يقدر عليه

(والثانى)

أنه يفتقر إلى معرفة المضمون له: لان معاملته معه ولا يفتقر إلى معرفة المضمون عنه لانه لا معاملة بينه وبينه

(والثالث) أنه لا يفتقر إلى معرفة واحد منهما لان أبا قتادة ضمن عن الميت: ولم يسأله النبي صلى الله عليه وسلم عن المضمون له، والمضمون عنه.

(الشرح) الاحكام: يصح الضمان من غير رضى المضمون عنه، لان عليا رضى الله عنه وأبا قتادة رضى الله عنه ضمنا عن الميت بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم.

والميت لا يمكن رضاه، ولانه لما جاز له أن يقضى الدين بغير اذن جاز أن يضمن عنه الدين بغير اذنه.

وأما المضمون له فهل يعتبر رضاه؟ فيه وجهان قال أبو على." (١)

-١٤٦

"لانه يؤدى إلى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم عليه فهو كالحوالة.

ودليلنا أنه دين لازم فصح ضمانه كالمهر بعد الدخول (الضرب الثالث) دين ليس بلازم ولا يئول إلى اللزوم، وهو دين الكتابة فلا يصح ضمانه لان المكاتب يملك إسقاطه بتعجيز نفسه فلا معنى لضمانه، ولان ذمة الضامن فرع لذمة المضمون، فإذا لم يلزم الاصل لم يلزم الفرع، ومن حكم الضمان أن يكون لازما، وإن كان

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٤/١٣

على المكاتبة دين لاجنبي صح ضمانه لانه

دين لازم عليه، وإن كان عليه لسيده دين من غير جهة الكتابة فهل يصح ضمانه فيه وجهان

(أحدهما)

يصح ضمانه لانه يجبر على أدائه

(والثانى)

لا يصح ضمانه لانه قد يعجز نفسه فيسقط ما في ذمته لسيده قال العمرانى: وأصلهما الوجهان هل يستدام ثبوت الدين في ذمته لسيده بعد أن يصير ملكا له؟ فيه وجهان.

فإن قلنا: يستدام ثبوته صح ضمانه، وإن قلنا: لا يستدام ثبوته لم يصح ضمانه.

الضرب الرابع: دين غير لازم إلا أن يؤل إلى اللزوم، وهو مال الجعاله قبل العمل بأن يقول: من رد ضالتي فله دينار، فان أضمن عنه غيره ذلك قبل رد الضالة هل يصح، فيه وجهان.

(أحدهما)

يصح لقوله تعالى: قالوا " نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم " فضمن المنادى مال الجعالة، وحمل البعير معلوم.

(والثانى)

لا يصح، لانه دين غير لازم فلا يصح ضمانه، كمال الكتابة، وممن قال: لم يضمن المنادى، وإنما أخبر عن الملك أنه بذل لمن رده حمل البعير، وأن الملك قال: وأنا به زعيم.

وأما ضمان ثمن المبيع في مدة الخيار **فاختلف أصحابنا** فيه، فمنهم من قال: فيه وجهان، كمال الجعالة قبل العمل، ومنهم من قال يصح ضمانه وجها واحدا لانه يؤل إلى اللزوم، ولان الثمن قد لزم، وإنما له إسقاطه بالفسخ بخلاف مال الجعالة، فإنه لا يلزم بحال.

(فرع)

وأما مال السبق والرمى بعد العمل فيصح ضمانه، لانه دين لازم." (١)

(١) المجموع شرح المهذب ١٤/١٧

-١٤٧

"ستين راكبا فأسلموا.

وقال الاشعث لرسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت منا فقال " نحن بنو النضر بن كنانة لانقفو أمنا ولا تنتفى من أبينا " فكان الاشعث يقول: لا أوتى بأحد ينفى قريشا من النضر بن كنانة إلا جلدته ولما أسلم خطب أم فروة أخت أبي بكر الصديق رضى الله عنه ثم عاد إلى اليمن شهد اليرموك وفقئت عينه، ثم سار إلى العراق فشهد القادسية والمدائن وجلولاء ونهاوند، وسكن الكوفة وشهد صفين مع على، وكان ممن ألزم عليا بالتحكيم، وشهد الحكمين بدومة الجندل، وكان عثمان قد استعمله على أذربيجان وكان الحسن بن على تزوج ابنته.

فقيل هي التى دست السم له فمات منه.

روي عن

النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث وروى عنه قيس بن أبي حازم وأبو وائل.

وقد نزل في الاشعث بن قيس قوله تعالى " ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا " الآية، لانه خاصم رجلا في بئر، توفى سنة ثنتين وأربعين وصلى عليه الحسن بن على.

وقال ابن منده: هذا وهم، لان الحسن لم يكن بالكوفة، وإنما كان قد سلم الامر إلى معاوية ثم رجع إلى المدينة.

ولكن أبا نعيم يؤكد أنه توفى بعد على بأربعين ليلة وصلى عليه الحسن.

أما أحكام الفصل: فان المنصوص للشافعي رضى الله عنه في أكثر كتبه أن الكفالة بالبدن تصح.

وقال في الدعوى والبينات: كفالة الوجه عندي ضعيف.

**واختلف أصحابنا** فيه، فمنهم من قال تصح الكفالة بالبدن قولا واحدا، وقوله في الدعوى والبينات ضعيف، يريد في القياس، وهو قوى في الاثر، وذهب المزني وأبو إسحاق إلى أن المسألة على قولين

(أحدهما)

لا يصح لان الكفالة بعين فلم تصح كالكفالة بالزوجة وبدن الشاهد، ولانه ضمان عين في الذمة بعقد فلم يصح، كما لو أسلم في ثمرة نخلة بعينها.

فقوله " في الذمة " احتراز من البائع فانه يضمن العين المبيعة في يده لا في ذمته فلو تلفت قبل القبض لم يضمنها في ذمته وقوله " بعقد " احتراز من الغاصب، فإنه يضمن العين المغصوبة في يده وفى ذمته." (١)

(١) المجموع شرح المهذب ٤٤/١٤

"ثلاثون ؛ فإن شاء فعل ما ذكرناه، وإن شاء أخذ الستين كلها من تركة الضامن ورجع ورثة الضامن بجميع تركة المضمون عنه، وإن شاء المضمون له أخذ جميع تركة المضمون عنه وهو ثلاثون، وأخذ من تركة الضامن ثلثها، وهو ثلاثون، يبقى لهم ستون مثلا ما خرج منهم، فإن خلف المضمون عنه ستين فإن المضمون له لا ينقص شئ من دينه ههنا، والعمل فيه على قياس ما مضى والله تبارك وتعالى المستعان.

(مسألة)

إذا ادعى رجل على رجل حاضر أنه ابتاع منه هو ورجل غائب سيارة بألف دينار على كل واحد منهما خمسمائة، وقبضاه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فان أقر الحاضر بذلك لزمه أن يدفع إلى المدعى ألفا، فإذا قدم الغائب فإن صدق الحاضر رجع عليه الحاضر بما قضى عنه، وهو خمسمائة، وإن كذبه فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلف سقط حق الحاضر، وإن أنكر الحاضر المدعى فانه لم يكن للمدعى بينة، فالقول قول الحاضر مع يمينه.

فإذا حلف سقطت عنه المطالبة.

فإذا قدم الغائب فادعى عليه البائع - فان أنكره - حلف له أيضا ولا كلام وإن أقر بما ادعاه عليهما لزم القادم الخمسمائة التى أقر أنه اشترى هو بها.

وهل يلزمه الخمسمائة التى أقر أن شريكه أنه اشترى بها وضمن هو عليه؟ فيه وجهان.

قال القاضي أبو الطيب: لا يلزمه لانا قد حكمنا بسقوطها عن الحاضر بيمينه.

وقال ابن الصباغ: يلزم القادم لان اليمين لم تبرئه من الثمن، وإنما سقطت عنه المطالبة في الظاهر، فإذا أقر أنه الضامن لزمه، ولهذا لو أقام بينة عليه بعد يمينه لزمه الثمن، ولزم الضامن فثبت أن الحق لم يسقط عن الحاضر وعن الغائب.

فإذا أقام المدعى بينة على الحاضر بأنهما اشتريا منه السيارة بألف وقبضاها وضمن كل واحد منهما عن صاحبه الخمسمائة فللمدعى أن يطالب الحاضر بجميع الالف، لان البينة قد شهدت عليه بذلك، وهل للحاضر أن يرجع بنصفها على الغائب إذا قدم؟ نقل المزني أنه يرجع بالنصف على الغائب.

**واختلف أصحابنا**." (١)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٥٧/١٤

"فإذا قلنا يبطل فهما على شركتهما كما كانت وإن قلنا يصح الشراء في نصيبه انفسخت الشركة بينهما في قدر الثمن، لان حقه من الثمن قد صار للبائع، فيكون البائع شريك شريكه بقدر الثمن، ويكون هو شريك البائع في السلعة، فان باع أحد الشريكين شيئا من مال الشركة بأقل من ثمن المثل بمالا يتغابن الناس بمثله بطل البيع في نصيب شريكه لان مطلق الاذن يقتضى البيع بثمن المثل وهل يبطل البيع في نصيب البائع؟ فيه قولان بناء على القولين، إن قلنا يبطل فهما على الشركة كما كانا، وإن قلنا لا يبطل بطلت الشركة بينهما في المبيع، لان حصته منها صارت للمشترى للابتياع، فيكون المشترى شريك شريكه.

قال أبو إسحاق: ولا يضمن البائع نصيب شريكه ما لم يسلمه، لان ذلك موضع اجتهاد لوجود الاختلاف فيه، ولو أودع عند رجل عينا فباعها المودع فانه يضمن ذلك بفسخ البيع إن لم يسلم، لان المودع لا يجوز له البيع بالاجماع، واستضعف الشيخ أبو حامد هذا وقال: هو متعد بالبيع، فلا فرق بين أن يكون مختلفا فيه أو مجمعا عليه.

ألا ترى أنه إذا ضمن وان كان مختلفا فيه.

(فرع)

إذا كانت بهيمة بين اثنين فجاء رجل أجنبي وأزال يد أحد الشريكين من البهيمة صار غاصبا لحصته منها، وإن كانت مشاعا لان الغصب أزال اليد، وذلك يوجد في المشاع كما يوجد في المقسوم.

ألا ترى أن رجلين لو كان بينهما دار فجاء رجل وأخرج أحدهما من الدار وقعد فيه مكانه كان غاصبا لحصته من الدار.

هكذا ذكر الشيخ أبو حامد فإذا باع الغاصب والشريك الذى لم يغصب منه البهيمة صفقة واحدة من رجل، فان الشافعي رضى الله عنه قال: يصح البيع في نصيب المالك، ويبطل

فيما باعه الغاصب.

قال العمرانى: **واختلف أصحابنا** فيه، فمنهم من قال هي على قولين بناء على القولين في تفريق الصفقة.

ومنهم من قال: يصح البيع في نصيب المالك قولا واحدا، لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين، فلا

يفسد أحدهما بفساد الآخر.

وإن وكل الشريك الذى لم يغصب منه الغاصب في بيع نصيبه فباع جميع." (١)

-١٥٠

"قال المصنف فيه قولان، وهذا يدل على أنه يجوز أن يقتص مع غيبة الموكل فمن أصحابنا من قال: يجوز قولا واحدا، وهو قول أبي إسحاق المروزي، لانه حق يجوز استيفاؤه بحضرة الموكل فجاز في غيبته، كقبض الدين، وحمل قوله: لا يستوفى الذى قاله الشافعي في الوكالة على الاستحباب ومن أصحابنا من قال: لا يجوز قولا واحدا، لان الحد والقصاص إذا عرفنا أننا مأمورون بالدرء والاحتياط والتماس الشبهات الصارفة عن الادانة وعرفنا مع ذلك أن العفو مندوب إليه بل رغب الله فيه وقال " فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان " ومن ثم كان رجاؤنا أن يرحم أخاه فيعفو عنه، ومن هنا حمل قول الشافعي في الجنايات على أنه أراد إذا تنحى به ولم يغب

عن عينه فعفا عنه من حيث لم يسمع الوكيل صيغة العفو فقتله، ووجه القولين بالجواز وعدمه ما ذكرنا والله تعالى أعلم.

(فرع)

توكيل مسلم كافرا في استيفاء قود من مسلم هل يصح؟ قولان.

(أحدهما)

لا يصح

(والثانى)

يصح، وهو اختيار الرملي في شرحه للمنهاج للنووي قال: وهذه مردودة بأن الوكيل لا يستوفيه لنفسه، وبأن المصنف إنما جعل صحة مباشرته شرطا لصحة توكله، ولا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط وإنما يلزم من عدمه عدمه والاول صحيح والثاني في غير محله إذ الشرط وهو صحة المباشرة غير موجود هنا رأسا، والله تعالى أعلم.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٨٢/١٤

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل)

ولا يصح التوكيل إلا ممن يملك التصرف في الذى يوكل فيه بملك أو ولاية فأما من لا يملك التصرف في الذى يوكل فيه كالصبي والمجنون والمحجور عليه في المال والمرأة في النكاح والفاسق في تزويج ابنته، فلا يملك التوكيل فيه لانه لا يملكه، فلا يملك أن يملك دلك غيره، وأما من لا يملك التصرف إلا بالاذن كالوكيل والعبد المأذون، فإنه لا يملك التوكيل الا بالاذن لانه يملك التصرف بالاذن، فكان توكيله بالاذن، **واختلف أصحابنا** في غير الاب والجد من العصبات، هل يملك التوكيل في التزويج من غير إذن المرأة؟ فمنهم من قال:." (١)

-١٥١

"على الوكالة، والصحة على التصرف، إذ قد تبطل الوكالة ويصح التصرف، رد بأنه خطأ صريح مخالف للمنقول إذ الابضاع يحتاط لها فوق غيرها ومقابل الاصح

أنه يصح والله تعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل)

ومن لا يملك التصرف في حق نفسه لنقص فيه كالمرأة في النكاح والصبي والمجنون في جميع العقود لم يملك أن يتوكل لغيره لانه إذا لم يملك ذلك في حق نفسه بحق الملك لم يملكه في حق غيره بالتوكيل، ومن ملك التصرف فيما تدخله النيابة في حق نفسه جاز أن يتوكل فيه لغيره، لانه يملك في حق نفسه بحق الملك فملك في حق غيره بالاذن.

**واختلف أصحابنا** في العبد، هل يجوز أن يتوكل في قبول النكاح؟ فمنهم من قال: يجوز، لانه يملك قبول العقد لنفسه باذن المولى، فملك أن يقبل لغيره بالتوكيل، ومنهم من قال: لا يجوز لانه لا يملك النكاح، وانما أجيز له القبول لنفسه للحاجة إليه ولا حاجة إلى القبول لغيره، فلم يجز، واختلفوا في توكيل المرأة في طلاق غيرها، فمنهم من قال: يجوز كما يجوز توكيلها في طلاقها، ومنهم من قال: لا يجوز، لانها لا تملك الطلاق، وانما أجيز توكيلها في طلاق نفسها للحاجة، ولا حاجة إلى توكيلها في طلاق غيرها، فلم يجز، ويجوز للفاسق

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٠١/١٤

أن يتوكل في قبول النكاح للزوج، لانه يجوز أن يقبل لنفسه مع الفسق، فجاز أن يقبل لغيره، وهل يجوز أن يتوكل في الايجاب؟ فيه وجهان.

(أحدهما)

لا يجوز، لانه موجب للنكاح فلم يجز أن يكون فاسقا كالولي،

(والثانى)

يجوز، لانه ليس بولي.

وانما هو مأمور من جهة الولى، والولى عدل (الشرح) الاحكام: بعض أحكام هذا الفصل مضى في الذى قبله.

وقال الرملي في شرح المنهاج وشرط الوكيل تعيينه الا في نحو: من حج عنى فله كذا، فيبطل: وكلت أحدكما، نعم ان وقع غير المعين تبعا لمعين كوكلتك في كذا وكل مسلم صح كما بحثه." (١)

-١٥٢

"بمعناه مقصورا عليه منتفيا عما سواه.

وهذا دليل وانفصال، فلو وكل الابن البالغ أباه في بيع سلعة، **فاختلف أصحابنا** هل يجوز له بيعها على نفسه أم لا؟ على وجهين:

(أحدهما)

يجوز كما لو كان في حجره تغليبا لحكم الابوة

(والثانى)

لا يجوز، لان ارتفاع الحجر يقتضى تغليب الوكالة.

(فرع)

فأما الوصي والوكيل إذا أراد بيعها لمتولاه بالوصية والوكالة، على ابن نفسه أو على أب نفسه ففيه لاصحابنا وجهان

(أحدهما)

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٤/١٠٣

وهو قول أبي سعيد

الاصطخرى: أنه يجوز لانه غير مبايع لنفسه (والوجه الثاني) وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يجوز لانه مقهور في الميل إلى ولده كما كان مقهورا في الميل إلى نفسه.

ولذلك لم يجز أن يشهد لولده، كما لا يصح منه الشهادة لنفسه فلم يجز مبايعة ولده بمال غيره، كما لم يجز مبايعة نفسه أو يشترى من نفسه، فمذهب الشافعي رضى الله عنه أنه غير جائز لما فيه تنافى المقصود والغرض من الوكالة قال الماوردى: لان عقد الوكالة قد أوجب عليه الاستقصاء لموكله، وإذا كان هو المشترى انصرف منه إلى الاستقصاء لنفسه.

وقال ابن سريج: يجوز ذلك كما يجوز أن يجعل إلى زوجته الطلاق لنفسها أو إلى أمته عتقها قال الماوردى: وهذا خطأ لما ذكرنا في الفرق بين البيع والطلاق والعتق من ثلاثة أوجه (أحدها) أن في البيع ثمنا يختلف بالزيادة والنقصان، فصار بالميل إلى نفسه متهما فيه، وليس في الطلاق والعتق لمن تصير بالميل إلى نفسها متهمة فيه (والثانى)

أن العتق والطلاق أوسع لوقوعهما بالصفات، والبيع أضيق حكما منهما.

(والثالث) أنه ليس في الطلاق والعتق قبول معتبر.

وفى البيع قبول معتبر فلم يجز أن يكون الباذل قابلا.

فأما إذا وكله رجل في بيع سيارته ووكله آخر في شراء السيارة الموكل في بيعها لم يجز لتنافى المقصود في العقدين، وكان له أن يقيم على إحدى الوكالتين، فإن أراد أن يقيم على أسبقهما في بيع أو شراء جاز، وإن أراد أن يقيم على الثانية فيهما بيعا كان أو شراء احتمل وجهين، لان ثبوت الاولة يمنع من جواز الثانيه." (١)

-١٥٣

"يشتريه في ذمته، وهو في كلا الحالين لازم للموكل، وبنى ذلك على أصله: أن الدراهم والدنانير لا يتعينان عنده.

قال الماوردى: وهذا خطأ لتعين الدراهم والدنانير عندنا في العقود كما يتعين في الغصوب، وقد دللنا على ذلك في كتاب البيوع، ولان يد الوكيل كيد المودع، ومال الوديعة متعين وكذا ما بيد الوكيل متعين، وإذا تعين ما بيده لموكله حتى لا يجوز أن يرد عليه غير ماله، وجب أن يكون الشراء محمولا على موجب اذنه.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٢٥/١٤

والقسم الثاني: أن يأمره أن يشترى في ذمته وينقد المال في ثمنه، فان اشتراه في الذمة صح وكان لازما للموكل، وان اشتراه بعين المال ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبى على الطبري ذكره في افصاحه أن الشراء جائز، وهو للموكل لازم لان العقد على المعين أحوط.

والوجه الثاني وهو اختيار أبى حامد الاسفراييني: أن الشراء باطل لا يلزم الوكيل لانه غير مالك للعين، فلا يلزم الموكل، لان الموكل قد فوت عليه بالمخالفة غرضا، لان العقد في الذمة لا يبطل بتلف الثمن، والعقد على العين يبطل بتلف الثمن.

فصار فعل الوكيل مخالفا لامر الموكل، فلو امتثل الوكيل أمر موكله أو اشترى السيارة بثمن في ذمته ثم نقد الثمن من عنده، برئ الوكيل والموكل منه، ولم يكن للوكيل أن يرجع على الموكل لان أمره بنقد هذا المال في الثمن يتضمن نهيا عن نقده من غيره.

والقسم الثالث: أن يطلق الاذن في الشراء عند دفع المال فيقول: خذ هذا المال فاشتر لى به سيارة فقد اختلف أصحابنا هل يكون اطلاقه مقتضيا للتعيين أم لا؟ على وجهين.

أحدهما – وهو قول أبى على الطبري: أنه يقتضيه لان تقديم الثمن على السيارة شاهد فيه، فعلى هذا ان اشترى في ذمته كان الشراء لازما للوكيل دون الموكل، والوجه الثاني – وهو قول بعض البصريين: انه لا يقتضى التعيين، لان الاطلاق على العموم، فعلى هذا يكون الوكيل مخيرا بين العقد على العين أو في الذمة، ومذهب أحمد في هذا كله كنحو مذهبنا.." (١)

-١٥٤

"فإذا تقرر ما أوضحنا فصورة مسألة الكتاب في رجل دفع إلى رجل مالا ليشترى له به طعاما فتسلف المال قرضا ثم اشترى له بمثله من ماله طعاما فالشراء غير لازم للموكل سواء كان الموكل قد أذن في الشراء بعين المال أو في الذمة.

وقال أبو حنيفة: الشراء لازم للموكل سواء كان الاذن بالعين أو في الذمة وهذا خطأ لان الوكالة بتلف المال أو استهلاكه باطلة لانعقاد بقائه، فإذا بطلت الوكالة وانعزل الوكيل فعقده لازم لنفسه دون موكله، فلو أن الوكيل لم يستهلك ولكن تعدى فيه تعديا صار له ضامنا فقد اختلف أصحابنا هل ينعزل بتعديه عن الوكالة أم لا، على وجهين:

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٣٣/١٤

(أحدهما)
ينعزل عن الوكالة بالتعدي لانه مؤتمن كالمودع الذى ينعزل بالتعدي عن الوديعة، فعلى هذا يكون الشراء لازما للوكيل دون موكله.
(والوجه الثاني) وهو قول أبى على الطبري أنه على الوكالة لا ينعزل عنها بالتعدي مع بقاء الملك كالمرتهن لا يبطل الرهن بتعديه، وإن كان مؤتمنا فعلى هذا
يكون الشراء لازما للموكل والله تعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى

.

(فصل)
فإن وكله في الشراء ولم يدفع إليه الثمن فاشتراه، ففى الثمن ثلاثة أوجه (أحدها) أنه على الموكل والوكيل ضامن، لان المبيع للموكل فكان الثمن عليه، والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه، فعلى هذا يجوز للبائع أن يطالب الوكيل والموكل، لان أحدهما ضامن والآخر مضمون عنه، فان وزن الوكيل الثمن رجع على الموكل، وإن وزن الموكل لم يرجع على الوكيل.

(والثانى)
أن الثمن على الوكيل دون الموكل، لان الذى التزم هو الوكيل فكان الثمن عليه، فعلى هذا يجوز للبائع مطالبة الوكيل، لان الثمن عليه، ولا يجوز له مطالبة الموكل لانه لا شئ عليه، فان وزن الوكيل رجع على الموكل لانه التزم باذنه، وإن لم يزن لم يرجع كما نقول فيمن أحال بدين عليه على رجل لا دين له عليه: إنه إذا وزن رجع، وإذا لم يزن لم يرجع، وإن أبرأ البائع الوكيل سقط الثمن وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن.." (١)
-١٥٥

(١) المجموع شرح المهذب ١٣٤/١٤

"أو لضياع مفتاح أو لملازمة غريم له إلى ما جرى مجرى ذلك فهذا عذر في تأخير الدفع ولا ضمان عليه ان تلف قبل الدفع.

وان منعه لغير عذر صار ضامنا له.

فان تلف كان عليه غرمه.

فلو منعه من دفعه حتى يشهد على نفسه بقبضه فقد **اختلف أصحابنا** الخ " (قلت) سيأتي مزيد ايضاح لهذا الفصل في آخر فصل في هذا الباب لتعلقها به هناك.

أما بقية الكلام على أحكام هذا الفصل فنقول: ان تلفت العين التى وكل في التصرف فيها فقد بطلت الوكالة.

لان محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع بقرة فماتت.

ولو دفع إليه دينارا ووكله في الشراء به فهلك الدينار أو ضاع.

أو استقرضه الوكيل وتصرف فيه بطلت الوكالة.

سواء وكله في الشراء بعينه أو مطلقا: ويجرى عليه من الضمان ما أسلفنا ايضاحه من حيث التعدي والتفريط أو عكسهما والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

.

(فصل)

إذا ادعى رجل على رجل أنه وكله في تصرف فأنكر المدعى عليه فالقول قوله لانه ينكر عقدا الاصل عدمه فكان القول قوله.

وان اتفقا على الوكالة واختلفا في صفتها.

بأن قال الوكيل: وكلتني في بيع ثوب.

وقال الموكل: بل وكلتك في عبد، أو قال الوكيل: وكلتني في البيع بألف وقال: بل وكلتك في البيع بألفين.

أو قال الوكيل: وكلتني في البيع بثمن مؤجل وقال الموكل: بل وكلتك في البيع بثمن حال فالقول قول الموكل لانه ينكر اذنا والاصل عدمه، ولان من جعل القول قوله في أصل التصرف كان القول قوله في كيفيته كالزوج في الطلاق

(فصل)

وان اختلفا في التصرف فادعى الوكيل أنه باع المال وأنكر الموكل أو اتفقا على البيع واختلفا في قبض الثمن

فادعى الوكيل أنه قبض الثمن

وتلف وأنكر الموكل ففيه قولان

(أحدهما)

أن القول قول الوكيل لانه يملك العقد والقبض.

ومن ملك تصرفا ملك الاقرار به.

كالاب في تزويج البكر.." (١)

-١٥٦

"(والثانى)

أنه لا يقبل قوله، لانه إقرار على الموكل بالبيع وقبض الثمن، فلم يقبل كما لو أقر عليه أنه باع ماله من رجل وقبض ثمنه، وإن وكله في ابتياع جارية فابتاعها ثم اختلفا، فقال الوكيل: ابتعتها بإذنك بعشرين.

وقال الموكل: بل أذنت لك في ابتياعها بعشرة، فالقول قول الموكل لما بيناه.

فإن حلف الموكل صارت الجارية للوكيل في الظاهر، لانه قد ثبت أنه ابتاعها بغير الاذن، فإن كان الوكيل كاذبا كانت الجارية له في الظاهر والباطن، وإن كان صادقا كانت الجارية للموكل في الباطن، وللوكيل في الظاهر قال المزني: ويستحب الشافعي رحمه الله في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالموكل فيقول: إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين فبعه إياها بعشرين، فان قال له: بعتك هذه الجارية بعشرين صارت الجارية للوكيل في الظاهر والباطن وإن قال كما قال المزني: إن كنت أذنت لك في ابتياعها بعشرين فقد بعتكها بعشرين، فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال لا يصح، لانه بيع معلق على شرط فلم يصح، وجعل ما قاله المزني من كلام الحاكم لا من كلام الموكل.

ومنهم من قال يصح، لان هذا الشرط يقتضيه العقد لانه لا يصح أن يبيعها إلا أن يكون قد أذن له في الابتياع بعشرين، وما يقتضيه العقد لا يبطل العقد بشرطه فان امتنع الموكل من البيع قال المزني: يبيعها الوكيل ويأخذ حقه من ثمنها.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٤/١٥٩

وقال أبو سعيد الاصطخرى فيه وجهان

(أحدهما)

ما قال المزني.

(والثانى)

أنه يملكها ظاهرا وباطنا بناء على القولين فيمن ادعى على رجل

أنه اشترى منه دارا وأنكر المشترى، وحلف أن المستحب للمشترى أن يقول للبائع: إن كنت اشتريتها منك فقد فسخت البيع، وإن لم يفعل المشترى ذلك ففيه قولان

(أحدهما)

أن البائع يبيع الدار ويأخذ ثمنها

(والثانى)

أن البائع يملك الدار لان المشترى صار كالمفلس بالثمن لتعذر الثمن من جهته، فيكون البائع أحق بعين ماله.

وقال أبو إسحاق: لا يملك الوكيل الجارية قولا واحدا، وتخالف الدار لانها كانت للبائع، فإذا تعذر الثمن انفسخ البيع وعاد المبيع إليه كما يعود إذا." (١)

-١٥٧

"تحالف المتبايعان والجارية لم تكن للوكيل، فتعود إليه عند التعذر، فان قلنا يملكها ظاهرا وباطنا تصرف فيها بالوطئ وغيره.

وان قلنا انها للموكل في الباطن كان كمن له على رجل دين لا يصل إليه.

ووجد له مالا من غير جنس حقه.

(الشرح) الاحكام: قال المزني رحمه الله تعالى: فان كان وكله ببيع متاعه فباعه فقال الوكيل قد دفعت اليك الثمن فالقول قوله مع يمينه.

وقال الماوردى في حاويه: اعلم أن ما يدعيه الوكيل على موكله ينقسم ثلاثة أقسام: قسم يقبل فيه قول الوكيل. وقسم لا يقبل فيه قوله.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٦٠/١٤

وقسم اختلف قوله في قبول قوله (١) فيه.

فأما القسم الاول وهو ما قبل فيه قول الوكيل على الموكل فهو في رد ما قد ائتمنه عليه.

وجملة الايدى التي لا يتعلق بها ضمان أنها على ثلاثة أقسام (أحدها) ما يقبل فيه (قول (٢)) صاحبها في رد ما كان معه، وهو من ائتمنه المالك على ماله في حق نفسه من غير نفع يعود (عليه) في أمانته كالمودع، فقوله في رد ما بيده من الوديعة على ربها مقبول، لانه لما أقامه مقام نفسه وجب أن يكون قوله عليه (مقبولا) كقوله على نفسه

(والثانى)

من لا يقبل قوله وان كان أمينا في رد ما بيده وهو من يده لحق

نفسه كالمرتهن فلا يقبل قوله في الرهن على راهنه، لانه ليس بنائب عنه، فلم يقبل قوله عليه (والثالث) من اختلف أصحابنا في قبول (قوله) وهو من كان نائبا عن المالك لكن لنفع يعود عليه (من) نيابته، كالعامل في القراض، والاجير المشترك، ففى قبول قولهم وجهان

(أحدهما)

أن قولهم مقبول في رد ما بأيديهم لنيابتهم عن المالك، وهذا أظهر القولين (الوجهين) وهو قول الجمهور

---

(١) اختلف قوله، أي قول الامام الشافعي رضى الله عنه، وكذا كل ما جاء على هذا النحو من عود ضمير الغائب على غير مذكور في اثبات قول أو حكم أو مذهب.

(٢) ما بين القوسين منا.." (١)

-١٥٨

"وقد أثارت هذه العبارة من المزني كلاما لدى الاصحاب، لانه إن قبل فبيع الموكل معقود بشرط وهو قوله: ان كنت أمرتك أن تشتريها بعشرين فقد بعتها

عليك بعشرين، وهذا شرط يفسد معه البيع، فاختلف أصحابنا فيما ذكره المزني من ذلك على وجهين.

أحدهما: أن المزني انما اختار للحاكم أن يقول ذلك لهما تنبيها على معنى هذا العقد، والسبب المقصود به من غير أن يذكراه في نفس العقد، فإذا ذكراه فيه لم يصح، بل يعقد له مطلقا من هذا الشرط، وهذا قول أكثر

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٦١/١٤

البصريين.
والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وجمهور البغداديين أنه يجوز لهما أن يعقداه كذلك لانه هكذا يكون في الحكم فجائز أن يكون ملفوظا به في العقد.
(فرع)
إذا ثبت ما أسلفنا فللموكل حالتان: احداهما: أن يجيب إلى بيعها على الوكيل ان كان صادقا فيصير الوكيل مالكا لها ظاهرا وباطنا.
ويجوز له امساكها والاستمتاع بها وبيعها وأخذ الفضل من ثمنها والحال الثانية: أن لا يجيب إلى بيعها فلا يجبر عليه لانه ليس بمالك، ولو كان مالكا لم يجبر على بيع ملكه، وهل يكون الوكيل مالكا لها أم لا؟ على وجهين أحدهما: وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه قد ملكها ملكا تاما ظاهرا وباطنا لان الملك قد انتقل عن الموكل بثمنه فاقتضى أن ينتقل إلى الوكيل بعقده، فعلى هذا يجوز للوكيل أن يمسكها، وان باعها ملك الفضل في ثمنها.
والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة: انه لا يصير مالكا لها، وانما له أن يأخذ من ثمنها ما غرم فيه، لانه مقر بأنها ملك لموكله، فعلى هذا لا يجوز أن يستمتع بها، وان كان في ثمنها فضل لم يملكه، وهل يجوز أن ينفرد ببيعها أم لا؟ على وجهين.

(أحدهما)
يبيعها بنفسه
(والثانى)
يتولاه الحاكم، فإن كان الثمن بقدر ما دفع فقد استوفاه، وان كان أقل فلا رجوع له ينافيه، وان كان أكثر فلا حق له في الزيادة.
وهل يجوز اقرارها في يده؟ أم ينزعها الحاكم منه؟ على وجهين، أحدهما:." (١)
-١٥٩

(١) المجموع شرح المهذب ١٦٤/١٤

"بأن قال: ليس عندي لك حق، أحلف على ما أجاب بالله أن ماله قبله حق، ولا يجوز للحاكم أن يحلفه: ما أخذ وديعة، أو ما غصبه، لانه قد يجوز أن يكون قد ملكه عليه بعد الوديعة والغصب، بهبة أو بيع استوفى ثمنه، فلا يكون قبله حق، وبحيث إن حلف ما استودع ولا غصب بر وإن كان جوابه أن قال: ما غصبتك، أو قال: ما أخذت وديعتك، فقد اختلف أصحابنا في صفة إحلافه على وجهين

(أحدهما)

أنه يحلف بالله ماله قبله

حق احترازا مما ذكرنا (والوجه الثاني) أنه يحلف على ما أجاب بالله ما غصبه، ولا أخذ وديعته لان تركه الاحتراز في جوابه ينفى التوهم عنه فيما ذكرنا.

فإذا ثبت أن جوابه بما ذكرنا مقنع فحلف ثم قامت البينة عليه بقبض المال أو عاد فأقر به ثم ادعى تلفه أو رد ثمنه لم يضمن وكان قوله مقبولا فيه لامرين أحدهما: أن ما ادعاه في الثاني مطابق لما أجاب به في الاول، لان من يرد الشئ على مالكه فليس له شئ في يده.

والثانى: أنه ليس له في جوابه الاول تكذيب الشهود، وبهذين المعنيين فرقنا بين المسألتين، فلو قامت عليه البينة في هذه المسأله بأن المتاع كان في يده بعد أن أجاب بأن لا شئ لك عندي صار ضامنا ولم يقبل قوله في الرد أو التلف لان هذا الجواب منه مع بقاء الشئ في يده كذب وجحود فصار ضامنا: (فرع)

قال المزني: ولو جعل للوكيل فيما وكله جعلا، فقال للموكل جعلى قبلك، وقد دفعت إليك مالك، فقال: بل خنتني فالجعل مضمون لا تبرئه منه الجناية عليه.

وقد ذكرنا أن الوكالة تجوز بجعل وبغير جعل، ولا يصح الجعل إلا أن يكون معلوما، فلو قال: قد وكلتك في بيع هذا الثوب على أن جعلك عشر ثمنه أو من كل مائة درهم من ثمنه درهم لم يصح للجهل بمبلغ الثمن وله أجرة مثله، فلو وكله في بيع كتاب بأجر معلوم فباعه بيعا فاسدا فلا جعل له، لان مطلق الاذن بالبيع يقتضى ما صح منه، فصار الفاسد غير مأذون فيه فلم يستحق جعلا عليه، فلو باعه بيعا صحيحا وقبض ثمنه، وتلف الثمن في يده فله الاجرة لوجود العمل، وهذا بخلاف الصانع إذا استؤجر عليه حياكة ثوب أو تجليد كتاب." (١)

-١٦٠

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٦٨/١٤

"(فرع)

إذا تلف الثمن قبل دفعه للموكل، فإن كان لعذر في تأخير الدفع فلا ضمان، فلو منعه من دفعه حتى يشهد على نفسه بقبضه فقد اختلف أصحابنا هل له ذلك ويلزم الموكل الاشهاد على نفسه بالقبض أم لا؟ على ثلاثة أوجه.

أحدها وهو الصحيح: أن ليس له ذلك ولا يلزم الموكل بالاشهاد على نفسه بالقبض، لان قول الوكيل مقبول في الدفع، فعلى هذا يصير بالمنع ضامنا، وعليه الغرم إن تلف.

والوجه الثاني: له الامتناع بالدفع إلا بالاشهاد ليسلم من اليمين مع الاكذاب فعلى هذا لا يصير بالمنع ضامنا ولا غرم عليه إن تلف.

والوجه الثالث وهو مذهب مالك: أنه إذا قبض المال بالاشهاد لم يلزم دفعه إلا بالاشهاد، وإن قبضه بغير إشهاد لزمه الدفع بغير إشهاد، فأما من كان غير مقبول القول في الدفع فلا يلزمه الدفع إلا بالاشهاد سواء كان ضامنا كالغاصب والمستعير أو غير ضامن كالمرتهن.

فأما المضارب والاجير المشترك - فإن قلنا بأحد الوجهين: إن قوله في الدفع غير مقبول لم يلزمهم الدفع الا بالاشهاد، وان قلنا بالصحيح من المذهب: ان قولهم في الدفع مقبول ففى وجوب الاشهاد لهم ثلاثة أوجه على ما أسلفنا والله تعالى الموفق للصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل.." (١)

-١٦١

"(رابعا) وإن أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها لانه مخالف لصاحبها، وإن لم يكن نهاه لكن الطريق مخوف أو البلد الذى يسافر إليه مخوف ضمنها لانه فرط في حفظها، وإن لم يكن كذلك فله السفر بها عند أحمد وأبي حنيفة سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن.

وقال الشافعي: إن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها لانه يسافر بها من غير ضرورة، أشبه ما لو كان السفر مخوفا.

دليلنا: أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكها أو نائبه أو الحاكم بغير إذنه فهو مفرط عليه الضمان، لانه يفوت على صاحبها إمكان استرجاعها، ويخاطر بها لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال " إن المسافر لعلى قلت إلا ما وقى الله " والقلت الهلاك على ما أسلفنا القول.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٧٠/١٤

قال المصنف رحمه الله:

(فصل)

وإن حضره الموت فهو بمنزلة من حضره السفر، لانه لا يمكنه الحفظ مع الموت بنفسه: كما لا يمكنه الحفظ مع السفر، وقد بينا حكمه، وإن قال في مرضه: عندي وديعة ووصفها، ولم يوجد ذلك في تركته، فقد **اختلف أصحابنا** فيه، فقال أبو إسحاق: لا يضرب المقر له مع الغرماء بقيمتها، لان الوديعة أمانة فلا يضمن بالشك، ومن أصحابنا من قال يضرب المقر له بقيمتها مع الغرماء وهو ظاهر النص، لان الاصل وجوب ردها، فلا يسقط ذلك بالشك.

(الشرح) قوله: لا يضرب المقر له.

قال ابن بطال: مأخوذ من الضارب الذى يضرب بالقداح، وهو الموكل بها، ومثله الضريب والجمع الضرباء، لانه يضرب مع الغرماء بسهم.

أما الاحكام فقد قال المصنف: ان حكم الميت حكم المسافر، وقد مضى في الفصل قبله.

أما إذا قال في مرض الموت: عندي وديعة ثم وصفها، فلما مات لم توجد في تركته فقد اختلف فيه أصحابنا، فقد ذهب أبو إسحاق المروزى إلى أنها أمانة لا يجوز أن يسقط الائتمان فيه بالشك، ومن ثم لا يضرب مالكها مع." (١)

-١٦٢

"**واختلف أصحابنا** في ولد المستعارة فمنهم من قال: إنه مضمون لانها مضمونة فضمن ولدها كالمغصوبة، ومنهم من قال: لا يضمن: لان الولد لم يدخل في الاعارة فلم يدخل في الضمان، ويخالف المغصوبة، فإن الولد يدخل في الغصب فدخل في الضمان، فإن غصب عينا فأعارها من غيره، ولم يعلم المستعير وتلفت عنده، فضمن المالك المستعير لم يرجع بما غرم على الغاصب، لانه دخل على أنه يضمن العين، وإن ضمنه أجرة المنفعة فهل يرجع على الغاصب؟ فيه قولان، بناء على القولين فيمن غصب طعاما وقدمه إلى غيره.

أحدهما: يرجع لانه غره والثانى: لا يرجع، لان المنافع تلفت تحت يده.

(الشرح) قال الشافعي رضى الله عنه: العارية كلها مضمونة، الدواب والرقيق والدور والثياب لا فرق بين شئ

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٤/١٨٧

منها، فمن استعار شيئا فتلف في يده بفعله أو بغير فعله فهو ضامن له، والاشياء لا تخلو أن تكون مضمونة أو غير مضمونة، فما كان منها مضمونا مثل الغصب وما أشبهه فسواء ما ظهر منها هلاكه وما خفى فهو مضمون على الغاصب والمستسلف جنيا فيه أو لم يجنيا أو غير مضمونة مثل الوديعة فسواء ما ظهر هلاكه وما خفى فالقول فيها قول المستودع مع يمينه وخالفنا بعض الناس في العارية فقال: لا يضمن شيئا إلا ما تعدى فيه، فسئل من أين قاله؟ فزعم أن شريحا قاله، وقال: ما حجتكم في تضمينها.

قلنا: استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم من صفوان فقال له النبي صلى الله عليه وسلم " عارية مضمونه مؤداة " قال: أفرأيت إذا قلنا: فان شرط المستعير الضمان ضمن وإن لم يشرطه لم يضمن؟ قلنا: فأنت إذن تترك قولك.

قال: وأين؟ قلنا: أليس قولك: إنها غير مضمونة إلا أن يشترط؟ قال: بلى، قلنا: فما تقول في الوديعة إذا اشترط

المستودع أنه ضامن أو المضارب؟ قال لا يكون ضامنا، قلنا فما تقول في المستسلف إذا اشترط أنه غير ضامن؟ قال.

لا شرط له ويكون ضامنا.

قلنا.

ويرد الامانة إلى أصلها والمضمون إلى أصله ويبطل الشرط فيهما جميعا؟ قال.

نعم، قلنا.

وكذلك ينبغى لك أن تقول في العارية، وبذلك شرط النبي صلى الله عليه وسلم." (١)

-١٦٣

"(والثانى)

أن القول قول المتصرف، لان المالك أقر بالمنافع له، ومن أقر لغيره بملك ثم ادعى عليه عوضا لم يقبل قوله، فان قلنا: ان القول قول المالك حلف ووجبت له الاجرة وفى قدر الاجرة وجهان.

أحدهما: يجب المسمى لانه قبل قوله فيها وحلف عليها.

والثانى: أنه تجب أجرة المثل وهو المنصوص لانهما لو اتفقا على الاجرة واختلفا في قدرها وجب أجرة المثل

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٠٤/١٤

فلان تجب أجرة المثل وقد اختلفا في الاجرة أولى فان نكل عن اليمين لم يرد على المتصرف لان اليمين انما ترد ليستحق بها حق والمتصرف لا يدعى حقا فلم ترد عليه.

(وان قلنا) ان القول قول المتصرف حلف وبرئ من الاجرة، فإن نكل رد اليمين على المالك - فإذا حلف - استحق المسمى وجها واحدا لان يمينه بعد النكول كالبينة في أحد القولين وكالاقرار في الآخر وأيهما كان وجب المسمى، وان تلفت الدابة بعد الركوب ثم اختلفا (فإن قلنا) ان القول قول المالك حكم له بالاجرة (وان قلنا) القول قول الراكب، فهل يلزمه أقل الامرين من الاجرة أو القيمه، فيه وجهان، أحدهما يلزمه لاتفاقهما على استحقاقه، والثانى لا يحكم له بشئ لانه لا يدعى القيمة ولا يستحق الاجرة.

(فصل)

وان قال المالك: غصبتنيها فعليك الاجرة، وقال المتصرف: بل أعرتنيها فلا أجرة على، فان المزني نقل أن القول قول المستعير، **واختلف أصحابنا** فيه، فمنهم من قال المسألة على طريقين كما ذكرنا في المسألة قبلها، أحدهما الفرق بين الارض والدابة، والثانى: أنهما على قولين لان الخلاف في المسئلتين جميعا في وجوب الاجرة، والمالك يدعى وجوبها، والمتصرف ينكر فيجب أن لا يختلفا في الطريقين.

ومنهم من قال: ان القول قول المالك، وما نقل المزني غلط، لان في تلك المسألة أقر المالك للمتصرف بملك المنافع، فلا يقبل قوله في دعوى العوض، وههنا اختلفا أن الملك للمالك أو للمتصرف والاصل أنها للمالك.

(فصل)

وان اختلفا فقال المالك: أعرتكها، وقال الراكب بل أجرتنيها." (١)

-١٦٤

"فالقول قول المالك لانهما اتفقا أن الملك له، واختلفا في صفة انتقال اليد، فكان القول قول المالك، فإن كانت العين باقية حلف وأخذ.

وان كانت تالفة نظرت.

فان لم تمض مدة لمثلها أجرة حلف واستحق القيمة، وإن مضت مدة لمثلها أجرة فالمالك يدعى القيمة والراكب

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٤/٢٢١

يقر له بالاجرة، فان كانت القيمة أكثر من الاجرة لم يستحق شيئا حتى يحلف، وإن كانت القيمة مثل الاجرة أو أقل منها، ففيه وجهان.

(أحدهما)

يستحق من غير يمين، لانهما متفقان على استحقاقه.

(والثانى)

لا يستحق من غير يمين، لانه أسقط حقه من الاجرة وهو يدعى القيمة بحكم العارية، والراكب منكر، فلم يستحق من غير يمين.

(فصل)

وإن اختلفا فقال المالك: غصبتنيها فعليك ضمانها وأجرة مثلها وقال الراكب: بل أجرتنيها فلا يلزمنى ضمانها، ولا أجرة مثلها، فالقول قول المالك مع يمينه، لان الاصل أنه ما أجره، فإن اختلفا - وقد تلفت العين - حلف واستحق القيمة، وان بقيت في يد الراكب مدة ثم اختلفا، فإن المالك يدعى أجرة المثل والراكب يقر بالمسمى فان كانت أجرة المثل أكثر من المسمى لم يستحق الزيادة حتى يحلف، وإن لم تكن أكثر استحق من غير يمين، لانهما متفقان على استحقاقه، والله أعلم.

(الشرح) الاحكام: قال الشافعي في العارية من الام: ولو قال رب الدابة أكريتها إلى موضع كذا بكذا، وقال الراكب بل عارية كان القول قول الراكب مع يمينه، ولو قال.

أعرتنيها، وقال ربها غصبتها كان القول قول المستعير، قال المزني هذا عندي خلاف أصله، لانه يجعل من سكن دار رجل كمن تعدى على سلعة فأتلفها فله قيمة السكن، وقوله من أتلف شيئا ضمن، ومن ادعى البراءة لم يبرأ به، وجملة هذه المسألة أن الكلام يشتمل فيها على أربعة فصول.

فالفصل الاول وهو مذكور في الام صورته في رجل ركب دابة غيره ثم اختلفا، فقال المالك أجرتكها فلى

الاجرة، وقال الراكب أعرتنيها، فليس لك أجرة، فالذي نص عليه الشافعي في كتاب العارية أن القول قول الراكب، **فاختلف أصحابنا**." (١)

-١٦٥

"الراكب مع يمينه، فان حلف برئ من الاجرة ورد الدابة، وإن نكل ردت اليمين على المالك ليستحق بها ما ادعاه من الاجرة، فإذا حلف فله المسمى وجها واحدا، لان يمينه بعد النكول، إما أن تجرى مجرى البينة أو الاقرار وأيهما كان فيوجب الحكم بالمسمى.

فلو كانت الدابة قد تلفت بعد الركوب ثم اختلفا فالمالك يدعى الاجرة دون القيمة، والراكب يقر بالقيمة دون الاجرة – فان قلنا: إن القول قول المالك حكم له بالاجرة وحدها دون القيمة لانه لا يدعيها.

وإن قلنا: إن القول قول الراكب فهل يلزمه للمالك أقل الامرين من الاجرة أو القيمة؟ على وجهين.

(أحدهما)

يحكم له به لاتفاقهما على استحقاقه.

(والوجه الثاني) لا يحكم له بشئ فيها لانه لا يدعى القيمة ولا يستحق الاجرة والفصل الثاني وهو أن يقول المالك غصبتها ويقول الآخر بل أعرتنيها، فهذا الاختلاف مؤثر في الاجرة دون القيمة، لان العارية مضمونه كالغصب وأجرة العارية غير مضمونه بخلاف الغصب، فان كان هذا قبل الركوب سقط تأثير هذا الاختلاف، وإن كان بعد الركوب فالذي نقله المزني ههنا أن القول قول المستعير **فاختلف أصحابنا** فكان أبو على بن أبي هريرة يخرجها على قولين كالمسألة الاولى لاشتراكهما في العله، ويجعل قول المزني ههنا أحد القولين.

وذهب آخرون من أصحابنا إلى أن القول في هذه المسألة قول المالك قولا واحدا، والفرق بين هذه المسألة والتى قبلها أن في اختلافهما في العارية والاجارة اتفاقا على أن الراكب مالك للمنفعه، فجاز أن لا يقبل قول المالك في الاجرة، ولم يتفقا على مثل ذلك في هذه المسألة، لان المالك يقول: أتلفت أيها الراكب منفعتي بغير حق، والراكب يقول: أتلفتها مستعيرا بحق، فلم يصدق.

فمن قال بهذا أجاب عما نقله المزني بجوابين

(أحدهما)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٢٢/١٤

أن ذلك خطأ من المزني في

نقله وسهوه

(والثاني)

تسليم الراوية واستعمالها على أحد تأويلين إما على: القول قول المستعير في قدر الاجرة، وإما على: أن القول قول المستعير في أن لا يلزمه." (١)

-١٦٦

"الاصل، وإن غصب ماله مثل واتخذ منه ماله مثل كالسمسم إذا عصر منه الشيرج ثم تلف فالمغصوب منه بالخيار إن شاء رجع عليه بمثل السمسم، وإن شاء رجع عليه بمثل الدهن، لانه قد ثبت ملكه على كل واحد من المثلين، فرجع بما شاء منهما.

وإن وجب المثل فأعوز فقد **اختلف أصحابنا** فيه، فمنهم من قال تجب قيمته وقت المحاكمة، لان الواجب هو المثل، وإنما القيمة تجب بالحكم فاعتبرت وقت الحكم.

ومنهم من قال تعتبر قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين تعذر المثل، كما تعتبر قيمة المغصوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف.

ومنهم من قال تضمن قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى وقت الحكم.

لان الواجب في الذمة هو المثل إلى وقت الحكم، كما أن الواجب في المغصوب رد العين إلى وقت التلف، ثم يغرم قيمة المغصوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، فيجب أن يعتبر في المثل أكثر ما كانت قيمته إلى وقت الحكم.

ومنهم من قال: إن كان ذلك مما يكون في وقت وينقطع في وقت كالعصير وجبت قيمته وقت الانقطاع، لانه بالانقطاع يسقط المثل وتجب القيمة.

وان كان مما لا ينقطع عن أيدى الناس وانما يتعذر في موضع وجبت قيمته وقت الحكم

لانه لا ينتقل إلى القيمة الا بالحكم.

وان وجد المثل بأكثر من ثمن المثل احتمل وجهين

(أحدهما)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٢٤/١٤

لا يلزمه المثل لان وجود الشئ بأكثر من ثمن المثل كعدمه، كما قلنا في الماء في الوضوء والرقبة في الكفارة (والثانى)

يلزمه، لان المثل كالعين، ولو احتاج في رد العين إلى أضعاف ثمنه لزمه فكذلك المثل.

(الشرح) الغصب ومادته من غصبه غصبا من باب ضرب، واغتصبه أخذه قهرا وظلما فهو غاصب، والجمع غصاب ككافر وكفار، ويتعدى إلى مفعولين.

فيقال: غصبته ماله، وقد تزاد من في المفعول الاول فيقال.

غصبت منه ماله، فزيد مغصوب ماله، ومغصوب منه ماله، ويبنى للمفعول فيقال: اغتصبت." (١)

-١٦٧

"فصار كالمستهلك.

ومنهم من قال يأخذ مثل مكيلته قولا واحد ولا يثبت ما قاله الربيع، وإن كان في الرقيق نظرت، فإن لم يكن له أرش مقدر كإذهاب البكارة والجنايات التى ليس لها أرش مقدر رده وأرش ما نقص، لانه نقصان ليس فيه أرش مقدر فضمن بما نقص كالثوب إذا تخرق، وإن كان له أرش مقدر كذهاب اليد نظرت، فان كان ذهب من غير جناية رده وما نقص من قيمته.

ومن أصحابنا من قال يرده وما يجب بالجناية، والمذهب الاول، لان ضمان اليد ضمان المال.

ولهذا لا يجب فيه القصاص ولا تتعلق به الكفارة في النفس، فلم يجب فيه أرش مقدر.

وإن ذهب بجناية بأن غصبه ثم قطع يده، فان قلنا إن ضمانه باليد كضمانه بالجناية وجب عليه نصف القيمة وقت الجناية، لان اليد في الجناية تضمن بنصف بدل النفس.

وإن قلنا إن ضمانه ضمان المال وجب عليه أكثر الامرين من نصف

القيمة أو ما نقص من قيمته، لانه وجد اليد والجناية فوجب أكثرهما ضمانا.

وإن غصب عبدا يساوى مائة ثم زادت قيمته فصار يساوى ألفا ثم قطع يده لزمه خمسمائة، لان زيادة السوق مع تلف العين مضمونة، ويد العبد كنصفه فكأنه بقطع اليد فوت عليه نصفه فضمنه بزيادة السوق.

(فصل)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٢٩/١٤

وإن نقصت العين ولم تنقص القيمة نظرت، فان كان ما نقص من العين له بدل مقدر فنقص ولم تنقص القيمة، مثل أن غصب عبدا فقطع أنثييه ولم تنقص قيمته، أو غصب صاعا من زيت فأغلاه فنقص نصفه ولم تنقص قيمته، لزمه في الانثيين قيمة العبد وفى الزيت نصف صاع، لان الواجب في الانثيين مقدر بالقيمة.

والواجب في الزيت مقدر بما نقص من الكيل فلزمه ما يقدر به.

وان كان ما نقص لا يضمن إلا بما نقص من القيمة فنقص ولم تنقص القيمه كالسمن المفرط إذا نقص ولم تنقص القيمه لم يلزمه شئ، لان السمن يضمن بما نقص من القيمة ولم ينقص من القيمه شئ فلم يلزمه شئ.

**واختلف أصحابنا** فيمن غصب صاعا من عصير فأغلاه ونقص نصفه ولم تنقص قيمته، فقال أبو على الطبري: يلزمه نصف صاع كما قلنا في الزيت وقال أبو العباس: لا يلزمه شئ لان نقص العصير باستهلاك مائية ورطوبه." (١)

-١٦٨

"وليس ههنا بيع، وانما يأخذ هو بعض حقه ويترك بعضه كرجل له على رجل درهم فأخذ بعضه وترك البعض.

(فصل)

وإن خلطه بما دونه فإن طلب المغصوب منه صاعا منه وامتنع الغاصب أجبر على الدفع، لانه رضى بأخذ حقه ناقصا، وإن طلب مثله من غيره

وامتنع الغاصب أجبر على دفع مثله، لان المخلوط دون حقه فلا يلزمه أخذه.

ومن أصحابنا من قال: يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما، ليصل كل واحد منهما إلى عين ماله، وإن نقص ما يخصه من الثمن عن قيمته ضمن الغاصب تمام القيمة، لانه نقص بفعله

(فصل)

وان غصب شيئا فخلطه بغير جنسه أو نوعه، فإن أمكن تمييزه كالحنطة إذا اختلطت بالشعير أو الحنطة البيضاء إذا اختلطت بالحنطة السمراء، لزمه تمييزه ورده، لانه يمكن رد العين فلزمه، وإن لم يمكن تمييزه كالزيت إذا خلطه بالشيرج لزمه صاع من مثله، لانه تعذر رد العين بالاختلاط فعدل إلى مثله.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٤١/١٤

ومن أصحابنا من قال: يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما ليصل كل واحد منهما إلى عين ماله كما قلنا في القسم قبله

(فصل)

وإن غصب دقيقا فخلطه بدقيق له ففيه وجهان: أحدهما: أن الدقيق له مثل.

وهو قول أبي العباس وظاهر النص، لان تفاوته في النعومة والخشونة ليس بأكثر من تفاوت الحنطة في صغر الحب وكبره.

فعلى هذا يكون حكمه حكم الحنطة إذا خلطها بالحنطة.

وقد بيناه والثاني: أنه لا مثل له.

وهو قول أبي إسحاق، لانه يتفاوت في الخشونة والنعومة، ولهذا لا يجوز بيع بعضه ببعض، فعلى هذا **اختلف أصحابنا** فيما يلزمه فمنهم من قال يلزمه قيمته لانه تعذر رده بالاختلاط ولا مثل له فوجبت القيمة ومنهم من قال يصيران شريكين فيه، فيباع ويقسم الثمن بينهما على ما ذكرناه في الزيت إذا خلطه بالشيرج." [١]

-١٦٩

"والعبد المغصوب بعد عتقه من مبتاعه له حق الله تعالى في الحرية، فلا يعاد إلى مالكه وانما تعاد قيمته كأى شئ اغتصبه ثم باعه وتلف في يد المشترى، فان المالك يرجع على الغاصب أو المشترى.

وللمشترى أن يرجع على البائع لانه غره

فان كان عالما بالغصب لم يرجع على الغاصب.

(فرع)

ينبني على ما تقدم أنه إذا غصب طعاما فأطعمه غيره فللمالك تضمين أيهما شاء، لان الغاصب حال بينه وبين ماله، والآكل أتلف مال غيره بغير اذنه وقبضه عن يد ضامنة بغير اذن مالكه، فان كان الآكل عالما بالغصب استقر الضمان عليه لكونه أتلف مال غيره بغير اذن عالما من غير تغرير، فإذا ضمن الغاصب رجع عليه.

قال الشافعي: ولو غصب طعاما فأطعمه من أكله ثم استحق كان المستحق أخذ الغاصب به، فان غرمه فلا شئ للواهب على الموهوب له، وان شاء أخذ الموهوب له، فان غرمه فقد قيل يرجع على الواهب وقيل لا

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٥٣/١٤

يرجع به.

قال المزني أشبه بقوله: ان هبة الغاصب لا معنى لها وقد أتلف الموهوب له ما ليس له ولا للواهب فعليه غرمه ولا يرجع به، فان غرمه الغاصب رجع به عليه.

وهذا عندي أشبه بأصله.

وهذه المسألة تنقسم إلى قسمين يتضمن كل قسم منها ثلاثة أنواع: فأما القسم الاول فأول أنواعه أن يهبه فيأكله الموهوب له، فرب الطعام بالخيار بالرجوع على أيهما شاء (ثانيها) وهو أن يأذن له في أكله من غير هبة ولا اقباض، فان علم الآكل أنه مغصوب كان مضمونا عليه وربه أيضا بالخيار لتغريم أيهما شاء، فان أغرم الآكل فقد **اختلف أصحابنا**، فذهب البغداديون إلى أن في رجوعه على الغاصب قولين.

وذهب البصريون إلى الرجوع به قولا واحدا.

والفرق بين الآكل والموهوب له أن استهلاك الاكل بإذن الغاصب فرجع عليه، وأن استهلاك الموهوب له بغير اذنه فلم يرجع عليه، فان رجع المالك على الغاصب يكون رجوعه فعلى مذهب البغداديين يكون رجوعه بالغرم على الآكل على قولين وعلى مذهب

البصريين لا يرجع به قولا واحدا." (١)

-١٧٠

"قال المصنف رحمه الله تعالى:

كتاب الشفعة

وتجب الشفعة في العقار لما روى جابر رضي الله عنه قال " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك لم يقسم، ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به، ولان الضرر في العقار يتأبد من جهة الشريك فثبتت فيه الشفعة لازالة الضرر.

(فصل)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٨٠/١٤

وأما غير العقار من المنقولات فلا شفعة فيه لما روى جابر رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شفعه إلا في ربعة أو حائط وأما البناء والغراس، فإنه إن بيع مع الارض ثبتت فيه الشفعة لما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان له شريك في ربع أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضى أخذه، وإن كرهه تركه ولانه يراد للتأبيد فهو كالارض، فإن بيع منفردا لم تثبت فيه الشفعة لانه ينقل ويحول فلم تثبت فيه الشفعة **واختلف أصحابنا** في النخل إذا بيعت مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الارض فمنهم من قال: تثبت فيه الشفعة لانه فرع تابع لاصل ثابت.

ومنهم من قال: لا شفعة فيها، لان القرار تابع لها، فإذا لم تجب الشفعة فيها إذا بيعت مفردة لم تجب فيها وفى تبعها، وإن كانت دار أسفلها لواحد وعلوها

مشترك بين جماعة، فباع أحدهم نصيبه فإن كان السقف لصاحب السفل لم تثبت الشفعة في الحصة المبيعة من العلو، لانه بناء منفرد، وإن كان السقف للشركاء في العلو ففيه وجهان، أحدهما لا تثبت فيه الشفعة، لانه لا يتبع أرضا.

والثاني: تثبت لان السقف أرض لصاحب العلو يسكنه، ويأوى إليه فهو كالارض.

(فصل)

وإن بيع الزرع مع الارض أو الثمرة الظاهرة مع الاصل لم." (١)

-١٧١

"فأما حديث أبى رافع فليس بصريح في الشفعة فإن الصقب القرب، قال الشاعر: كوفية نازح محلتها

* لا أمم دارها ولا صقب وبقية الاحاديث التى تثبت الشفعة للجار فيها مقال كما قال ابن المنذر على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فإن ذلك جار على ألسنة الشعراء، ويسمى كل واحد من الزوجين جارا، قال الاعشى: أجارتنا بينى فإنك طالقه

* وموموقة ما كنت فينا وامقه وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما في الزوج.

قال حمل بن مالك: كنت بين جارتين لى فضربت إحداهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها، وهذا كله يمكن حمل حديث أبى رافع عليه، فإذا ثبت أن الشفعة واجبة بالخلطه دون

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٩٩/١٤

الجوار فالكلام فيها يشتمل على أربعة أقسام.
(أحدها) ما تجب به الشفعة.

(والثانى)
ما تجب فيه (والثالث) من تجب له (والرابع) ما تؤخذ به.
فأما ما تجب به فهو انتقال الملك بعقد المعاوضات والعقود على ثلاثة أقسام قسم يجب فيه العوض، وقسم لا يجب فيه العوض، وقسم اختلف قول الشافعي في وجوب العوض فيه، فأما الموجب للعوض فخمسة عقود، البيع والاجارة والصلح والصداق والخلع، فالشفعة بجميعها مستحقه كالمبيع لانتقال الملك بها عوضا أو معوضا وسنشرح كلا في موضعه.
وأما ما لا يوجب العوض إما لانه لا ينقل الملك كالرهن والعارية، أو لانه لا يوجب العوض مع انتقال الملك كالوقف والوصيه فلا شفعة به لان ما لا ينقل لملك استحق به نقل الملك، وما لا عوض فيه لا معوض فيه.
**واختلف أصحابنا** هل يغلب في ملك أم الولد للشقص حكم المعاوضات أو حكم الوصايا إذا قال لها: إن خدمت ورثتي سنة بعد موتى فلك هذا الشقص ففعلت على وجهين.
أحدهما: أن حكم المعاوضات عليه أغلب لاستحقاقه بالخدمة، فعلى هذا يأخذه الشفيع بعد انقضاء السنة بأجرة مثل خدمتها تلك السنة.." (١)
-١٧٢
"المشترى، والشفيع يملك اسقاط حقه، ولهذا يملك اسقاط حقه بعد لزوم البيع واستقرار الملك، فلان يملك قبل لزومه أولى.

(فصل)
وتثبت الشفعة للكافر على المسلم لحديث جابر رضى الله عنه لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به ولم يفرق ولانه خيار جعل لدفع الضرر عن المال فاستوى فيه الكافر والمسلم كالرد بالعيب.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٠٦/١٤

(فصل)

ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على العوض لانه إذا أخذه ولم يقدر على العوض أضر بالمشترى والضرر لا يزال بالضرر فان أحضر رهنا أو ضمينا أو عوضا عن الثمن لم يلزم قبوله لان ما استحق أخذه بالعوض لم يلزم قبول الرهن والضمين والعوض فيه كالمبيع في يد البائع.

(فصل)

ويأخذ الشفيع بالعوض الذى ملك به فان اشتراه أخذه بالثمن لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فان باعه فهو أحق به بالثمن وإن اشترى شقصا وسيفا بثمن قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما وأخذ الشقص بحصته وترك السيف على المشترى بحصته لان الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته ولا يثبت للمشترى الخيار في فسخ البيع بتفريق الصفقة عليه لانه

دخل في العقد على بصيرة أن الصفقة تفرق عليه وإن اشترى الشقص بثمن ثم ألحق به زيادة أو حط عنه بعضه أو وجد به عيبا فأخذ عنه الارش فعلى ما ذكرناه في بيع المرابحة فان نقص الشقص في يد المشترى فقد روى المزني أن الشفيع يأخذه بجميع الثمن وقال في القديم يأخذه بالحصة **واختلف أصحابنا** في ذلك فمنهم من قال فيه قولان وهو الصحيح أحدهما يأخذه بجميع الثمن كالعبد المبيع إذا ذهبت عينه في يد البائع فان المشترى يأخذه بجميع الثمن والقول الثاني أنه يأخذه بالحصة وهو الصحيح لانه أخذ بعض ما دخل في العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف.

ومنهم من قال إن ذهب التأليف ولم يذهب من الاجزاء شئ أخذ بالجميع لان الذى يقابله الثمن أجزاء العين وهى باقية فان تلف بعض الاجزاء." (١)

-١٧٣

"القدرة عليه ليأتي دمشق فيطالبه بها بطلت شفعته لان قدرته على أخذها بدمشق كقدرته على أخذها بمصر.

ولكن لو أنكر المشترى بمصر أنه خليط فأخرها ليقيم البينة في دمشق كان على شفعته إذا لم يجد بينة بدمشق

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣١٠/١٤

قال الماوردى واختلف أصحابنا فيمن شهد به البينة في استحقاق الشفعة على وجهين: أحدهما أنه لا شفعة له إلا أن تشهد له البينة بالملك، وبه قال أبو حنيفة لئلا ينتزع ملكا بأمر محتمل والوجه الثاني: أنه يستحق الشفعة إذا شهدت له البينة باليد، وبه قال أبو يوسف، لانها حجة في الملك، لكن يحلف الشفيع مع بينته أنه مالك، ثم يحكم له بالشفعة.

وإذا عرض الشقص قبل البيع على الشفيع فلم يشتره ثم بيع فله المطالبة بالشفعة ولا يسقط حقه منها بامتناعه من الشراء لوجوبها بالبيع الحادث.

فلو عفا الشفيع عنها قبل الشراء كان عفوه باطلا وهو على حقه من الشفعة بعد الشراء لانه عفا عنه قبل استحقاقها فصار كإبرائه من الدين قبل وجوبه.

فإذا صالح الشفيع المشترى على مال يأخذه منه عوضا على تركه الشفعة لم يجز وكان صلحا باطلا وعوضا مردودا، كما لا يجوز أن يعاوض على ما قد استحقه من دين أو شرط.

وفى بطلان شفعته بذلك وجهان

(أحدهما)

أنها قد بطلت لانه تارك لها.

والوجه الثاني: أنها لم تبطل لان الترك مشروط بعوض فلما بطل العوض بطل الترك.

وإذا عفا الشفيع عن بعض الشفعة لم يتبعض العفو، وفيه وجهان.

أحدهما أن العفو باطل وهو على حقه من الشفعه في الكل، لان العفو لما لم يكمل بطل، وبه قال أبو يوسف والوجه الثاني وهو قول أبي العباس بن سريج أن العفو صحيح في الكل تعليقا لما ظهر من حكم التسليم، وبه قال محمد بن الحسن (فرع)

إذا وجبت الشفعة بخليط فباع حصته قبل الاخذ أو الترك لم يخل حاله عند بيعها من أحد أمرين، إما أن يبيعها قبل العلم بالشفعه أو بعد العلم بها، فإن با ع حصته بعد العلم بالشفعة فلا شفعة له، لان المعنى الموجب لها من سوء." (١)

-١٧٤

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٣٠/١٤

"ولو ادعى المشترى أن الثمن سيارة قيمتها ألف فأخذه الشفيع بها ثم ظهر أن الثمن (ريكوردر) المسجل للصوت، فان كانت قيمته ألفا لم يتراجعا بشئ، لان المستحق فيه القيمة وهما سواء، وإن كانت قيمة المسجل أكثر لم يرجع المشترى بالزيادة لانه مقر باستيفاء حقه.

وإن كانت قيمة المسجل أقل رجع الشفيع بنقصها على المشترى ولا خيار له.

فلو قال المشترى ان الثمن ألف وقال الشفيع لست أعلم قدر الثمن مع علمي بنقصه عن الالف فله إحلاف المشترى، فإن رد اليمين عليه لم يكن له أن يحلف حتى يعلم قدر الثمن، ولو لم يعلم الشفيع هل الثمن ألف أو أقل فهل

يستحق إحلاف المشترى أم لا؟ على وجهين: ١ - لا يستحق إحلافه حتى يعلم خلاف قوله، لان اليمين لا يجب بالشك.

٢ - يستحق إحلافه ما لم يعلم صدقه لان المال لا يملك بمجرد القول.

(فرع)

ولو قال المشترى: لا أعلم قدر الثمن لنسيان حدث.

قيل للشفيع: أتعلم قدره أم لا؟ فان قال لا أعلم قدره فلا شفعة له، وله إحلاف المشترى أنه لا يعلم قدر الثمن، وإنما يطلب لانها تستحق بالثمن فكان جهلها به مانعا من استحقاقها بمجهول.

فان قال الشفيع أنا أعلم قدر الثمن وهو خمسمائة درهم.

وقال المشترى: قد نسيت قدر الثمن، قيل للمشترى: أفتصدق الشفيع على ما ذكر من الثمن فان قال نعم، أخذ الشفيع الشقص بخمسمائة من غير يمين.

وإن أكذبه قال الشافعي حلف المشترى بالله ما يعلم قدر الثمن ولا شفعته.

**واختلف أصحابنا** في ذلك.

فكان أبو حامد المروروذى وأبو حامد الاسفراييني يجعلان هذا القول مذهبا له في هذه المسألة، ويبطلان بيمين المشترى الشفعه تعليلا بأن الثمن موقوف على عاقده وقد جهل الثمن بنسيانه فبطلت الشفعة به.." (١)

-١٧٥

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٥٠/١٤

"ج – أن يرضاه المشترى بالالف ويرده الشفيع بها فيلزم البيع للمشترى بالالف وتبطل شفعة الشفيع.

د – أن يرضى به الشفيع بالالف ويرده المشترى فيكون رد المشترى باطلا لما فيه من إسقاط حق الشفيع، ويصير البيع لازما للمشترى ليتوصل به الشفيع إلى حقه من الشفعة ويأخذ الشقص فيه بالالف، فلو رده الشفيع بعيب رده على المشترى ورجع عليه بالثمن لان عهدته عليه، وللمشترى حينئذ أن يفسخ البيع فيه والله تعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل)

فإن كان بين رجلين دار وغاب أحدهما وترك نصيبه في يد رجل فادعى الشريك على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه، وأنه استحق أخذه بالشفعة، فأقر به، فهل يلزمه تسليمه إليه بالشفعة؟ فيه وجهان

(أحدهما)

لا يسلمه، لانه أقر بالملك للغائب، ثم ادعى انتقاله بالشراء، فلم يقبل قوله

(والثانى)

يسلم إليه لانه في يده فقبل قوله فيه.

(فصل)

وإن أقر أحد الشريكين في الدار أنه باع نصيبه من رجل ولم يقبض الثمن، وصدقه الشريك وأنكر الرجل، فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال لا تثبت الشفعة للشريك، لان الشفعه تثبت بالشراء ولم يثبت الشراء، فلم تثبت الشفعة للشريك، وذهب عامة أصحابنا إلى أنه تثبت الشفعة، وهو جواب المزني فيما أجاب فيه على قول الشافعي رحمه الله، لانه أقر للشفيع بالشفعه، وللمشترى بالملك، فإذا أسقط أحدهما حقه لم يسقط حق الآخر كما لو أقر لرجلين بحق فكذبه أحدهما وصدقه الاخر، وهل يجوز للبائع أن يخاصم المشترى. فيه وجهان.

أحدهما: ليس له ذلك لانه يصل إلى الثمن من جهة الشفيع فلا حاجة به إلى خصومة المشترى.

والثاني: له أن يخاصمه لانه قد يكون المشترى أسهل في المعاملة من الشفيع،
فإن قلنا: لا يخاصم المشترى أخذ الشفيع الشقص من البائع وعهدته عليه لانه منه أخذ، واليه دفع الثمن.." (١)

-١٧٦

"ضمنت مالى.

وقال مالك في الموطأ عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن جده أنه عمل في مال لعثمان على أن الربح بينهما، وروى حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق، وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر خرجا في جيش إلى العراق فتسلفا من أبي موسى مالا وابتاعا به متاعا، وقدما به إلى المدينة، فباعاه وربحا فيه، فأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله فقالا: لو تلف كان ضمانه علينا، فلم لا يكون ربحه لنا؟ فقال رجل: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا قال: قد جعلته، وأخذ منهما نصف الربح، وقد ساقها المصنف بأوفى من هذا.

وعن قتادة عن الحسن أن عليا قال: إذا خالف المضارب فلا ضمان، هما على ما شرطا، وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا.

قال الماوردى في الحاوى: والاصل في إحلال القراض وإباحته قوله تعالى " ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم " وفى القراض ابتغاء فضل وطلب نماء وقد استدل بحديث " دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض " على جوازها وقد ضارب النبي صلى الله عليه وسلم لخديجة بأموالها إلى الشام وأنفذت لخدمته عبدا لها يقال له ميسرة، وروى ابن أبي الجارود حبيب بن يسار عن ابن عباس قال: كان العباس إذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرا ولا ينزل به واديا ولا يشترى به ذات كبد رطبة، فإن فعل فهو ضامن، قال الماوردى: فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأجازه.

وقد اختلف أصحابنا في وجه الاستدلال من حديث عمر على ثلاثة أوجه: (أحدها) قول الجليس: لو جعلته قراضا، وإقرار عمر على صحة القراض ولو علم عمر فساده لرده، فلم يكن ما فعله معهما قراضا لا صحيحا ولا فاسدا،

ولكن استطاب طهارة انفسهما بما أخذه من ربحهما لاسترابته بالحال واتهامه أبا موسى بالميل لانهما ابنا أمير

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٥٢/١٤

المؤمنين، الامر الذى ينفر منه الامام العادل وتأباه طبيعة الاسلام.

(والثانى)

أن عمر أجرى عليهما في الربح حكم القراض الفاسد لانهما عملا." (١)

-١٧٧

"(فصل)

ولا يجوز للعامل أن يقارض غيره من غير إذن رب المال لان تصرفه بالاذن ولم يأذن له رب المال في القراض فلم يملكه، فان قارضه رب المال على النصف وقارض العامل آخر واشترى الثاني في الذمه ونقد الثمن من مال

القراض وربح بنينا على القولين في الغاصب إذا اشترى في الذمة ونقد فيه المال المغصوب وربح، فان قلنا بقوله القديم إن الربح لرب المال فقد قال المزني ههنا ان لرب المال نصف الربح والنصف الآخر بين العاملين نصفين.

**واختلف أصحابنا** في ذلك فقال أبو إسحاق هذا صحيح لان رب المال رضى أن يأخذ نصف ربح فلم يستحق أكثر منه والنصف الثاني بين العاملين لانهما رضيا أن يكون ما رزق الله بينهما، والذى رزق الله تعالى هو النصف، فان النصف الآخر أخذه رب المال فصار كالمستهلك.

ومن أصحابنا من قال: يرجع العامل الثاني على العامل الاول بنصف أجرة مثله لانه دخل على أن يأخذ نصف ربح المال ولم يسلم له ذلك، وان قلنا بقوله الجديد فقد قال المزني الربح كله للعامل الاول وللعامل الثاني أجرة المثل فمن أصحابنا من قال هذا غلط لان على هذا القول الربح كله للعامل الثاني لانه هو المتصرف فصار كالغاصب في غير القراض.

ومنهم من قال الربح للاول كما قال المزني لان العامل الثاني لم يشتر لنفسه وانما اشتراه للاول فكان الربح له بخلاف الغاصب في غير القراض، فان ذلك اشتراه لنفسه فكان الربح له.*

*

* (الشرح) قال الشافعي: ولا يجوز أن يقارضه إلى مدة من المدد.

فإذا عرفت ما قررناه في أول الباب من أن القراض من العقود الجائزة لا اللازمة فقد صح عقده مطلقا بدون

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٤/٣٦٠

شرط مدة أو تحديد وقت يكون القراض فيه، فلو شرطا مدة يكون القراض فيها لازما بطل.
فإذا ثبت هذا فاشتراط المدة على ضربين:
(أحدهما)
أن يشترطا لرفع العقد فيها فيكون القراض باطلا لما ذكرنا.
(الثاني) أن يشترطا الفسخ في العقد بعدها فهذا على ضربين:." (١)
-١٧٨

"وأما القسم الثاني وهو مئونة العمل فمنه ما يجب في مال القراض ومنه ما يلزم العامل ولا يجب في مال القراض.

فأما الاول فأجرة النقل والشحن وأرضيات الجمارك إذا لم يتأخر عن تسلمها من إهمال، وأجر الصوامع والمخازن، وما صار معهودا من الرسوم والضرائب والدمغات التى لا يقدر على عدم أدائها فله دفع ذلك كله بالمعروف من رأس المال ثم وضعه من الربح الحاصل فيه ليكون الفاضل بعد ذلك من الربح هو المقسوم بينهما على شرطهما.

وأما ما يلزم العامل ماليا فما يدفع من المخالفات ورسوم الارضية في الجمارك نتيجة الاهمال في ترك الاسراع لتسلمها وتخليصها، وما يلزمه عمليا فهو ما يفعله التجار من تحرير العقود ومباشرة عمليات التسويق والبيع وتنضيد السلع وعرضها وكتابة الاسعار عليها إن كانت أوامر السلطان تقضى بذلك، أما الاعلان عن السلعة في الصحف أو الحوائط أو شاشات العرض فتكون في مال القراض.

وأما القسم الثالث وهو نفقة العامل فهو نوعان
(أحدهما)
ما يختص العامل بالتزامه كمأكوله وملبوسه ونفقة إقامته
(والثانى)
نفقة سفره، فالذي رواه المزني في مختصره أن له النفقة بالمعروف.

وقال في جامعه الكبير: والذى أحفظ له أنه لا يجوز القراض إلا على نفقة معلومة في كل يوم وعما يشتريه فيكتسبه، فروى في مختصره وجامعه وجوب النفقة، وجعلها في جامعه معلومة كنفقات الزوجات، وفى مختصره

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٤/٣٧٠

بالمعروف كنفقات الاقارب، فهذا ما رواه المزني.

وروى أبو يعقوب البويطى أنه لا ينفق على نفسه من مال المضاربة حاضرا كان أو مسافرا.

فاختلف أصحابنا، فكان أبو الطيب وأبو حفص بن الوكيل يجعلان اختلاف الروايتين على اختلاف قولين (أحدهما)

وهو رواية المزني أنه ليس له النفقة في سفره لاختصاص سفره بمال القراض بخلاف نفقة الاستيطان والقول الثاني: لا نفقة له لما فيه من اختصاصه بالربح أو بشئ منه دون رب المال.

وقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة: لا نفقة له قولا واحدا على ما رواه البويطى، وحملا رواية المزني على نفقة المبتاع دون العامل، وهذا." (١)

-١٧٩

"قال المزني: هذا قوله في القديم وأصل قوله الجديد المعروف أن كل عقد فاسد لا يجوز.

قال المزني: فإن اشترى بعين المال فهو فاسد، وإن اشترى بغير العين جائز والربح للعامل الاول وعليه الضمان، وللعامل الثاني أجرة مثله في قياس قوله.

وقال الماوردى: إن العامل في القراض ممنوع أن يقارض غيره بمال القراض ما لم يأذن له رب المال به إذنا صحيحا صريحا.

وقال أبو حنيفة: إن قال له رب المال عند دفعه له: اعمل فيه برأيك جاز أن يدفع منه قراضا إلى غيره لانه مفوض إلى رأيه فجاز أن يقارض لانه من رأيه.

وهذا خطأ لان قوله: اعمل فيه برأيك يقتضى أن يكون عمله فيه موكولا إلى رأيه، فإذا قارض به كان العمل لغيره ولانه لو قارض بجميع المال لم يجز، وإن كان ذلك من رأيه لعدوله بذلك عن عمله إلى عمل غيره، فكذلك إذا قارض ببعضه، فإذا تقرر أنه لا يجوز أن يقارض غيره بالمال الا بإذن صريح من رب المال فلا يخلو رب المال من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يأذن له في العمل بنفسه ولا يأذن له في مقارضة غيره (والثانى)

أن يأذن له في مقارضة غيره فأما القسم الاول فإن قارض غيره بالمال فقد تعدى وصار ضامنا للمال بعدوانه كالغاصب فيكون ربحه حكمه حكم الغاصب.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٧٢/١٤

ولمن يكون الربح؟ على قولين: أحدهما وهو القديم أن ربح المغصوب لرب المال، فعلى هذا قال المزني ههنا ان لرب المال نصف الربح والنصف الآخر بين العاملين الاول والثانى **فاختلف أصحابنا** في ذلك، فكان أبو العباس بن سريج يقول: يجب أن يكون على هذا القول جميع الربح لرب المال، لانه ربح مال مغصوب فأشبه المغصوب من غير مقارضه، فإذا أخذ رب المال ماله وربحه كله رجع العامل الثاني على العامل الاول بأجرة مثله لانه هو المستهلك لعمله والضامن له بقراضه، فلو تلف المال في يد العامل الثاني كان رب المال بالخيار في الرجوع برأس ماله وربحه على من شاء منهما، لان الاول ضامن بعدوانه والثانى ضامن بيده، فإن أغرم الاول لم يرجع على الثاني بشئ لانه أمينه فيما غرمه.

وان أغرم الثاني رجع على الاول بما غرمه مع أجرة مثل عمله، ولا يلزم رب المال - وان." (١)

-١٨٠

"أخذ جميع الربح - أن يدفع إلى واحد من العاملين أجرة المثل لاجراء حكم الغصب عليهما بالمخالفة.

وذهب أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وجمهور أصحابنا إلى أن ما رواه المزني على هذا القول صحيح، وأن رب المال ليس له من الربح الا نصفه

خلاف المأخوذ غصبا محضا، لاب رب المال في هذا الموضع دفع المال راضيا بالنصف من ربحه وجاعلا نصفه الباقي لغيره، فلذلك لم يستحق منه الا النصف.

فأما النصف الثاني فقد روى المزني أنه يكون بين العاملين، **فاختلف أصحابنا** على وجهين.

(أحدهما)

وهو قول أبى اسحاق المروزى أن هذا خطأ من المزني في نقله، ويجب أن يكون النصف الباقي من الربح للعامل الاول ولا حق فيه للثاني لفساد عقده، ويرجع على الاول بأجرة مثل عمله، فجعل الربح بين رب المال والعامل الاول، ويجعل للثاني أن يرجع بأجرة مثله على الاول.

والوجه الثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن نقل المزني صحيح ويكون النصف الباقي من الربح بين العاملين نصفين على شرطهما، لانه لما جرى على العامل الاول حكم القراض مع رب المال جرى على العامل الاول حكم القراض مع العامل الثاني، فهذا حكم قوله الجديد.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٧٤/١٤

(والثانى)

وهو قوله في الجديد: ان ربح المال المغصوب للغاصب، فعلى هذا لا شئ لرب المال في الربح وله مطالبة أي العاملين شاء برأس ماله، لان الاول ضامن بعدوانه والثانى ضامن بيده.

وقال أبو حنيفة: ان الربح للغاصب دون المغصوب لان كل نماء حدث عن سبب كان ملك النماء لمالك السبب، وربح المال المغصوب ناتج عن التقلب والعمل دون المال فاقتضى أن يكون ملكا لمن له العمل دون من له المال، وهذه هي النظرية الحديثة المعاصرة التى تقول بأن فائض القيمة ناتج عن عمل العامل وأما الثالث وهو أن يأذن له في مقارضة غيره ولا يأذن له في العمل بنفسه فهو وكيل في عقد القراض مع غيره، فلم يجز أن يقارض نفسه كوكيل البيع لا يجوز له أن يبايع نفسه.

ثم ينظر فإن كان رب المال قد عين له من يقارضه لم." (١)

-١٨١

"بترك حقه لم يرض رب المال بترك رأس ماله، وإن فسخ العقد وهناك دين وجب على العامل أن يتقاضاه لانه دخل في العقد على أن يرد رأس المال فوجب أن يتقاضاه ليرده.

(فصل)

وإن مات أحدهما أو جن انفسخ لانه عقد جائز فبطل بالموت والجنون كالوديعة والوكالة.

وإن مات رب المال أو جن وأراد الوارث أو الولى أن يعقد القراض والمال عرض، فقد **اختلف أصحابنا** فيه فقال أبو إسحاق يجوز لانه ليس بابتداء قراض، وإنما هو بناء على مال القراض فجاز.

ومنهم

من قال لا يجوز وهو الصحيح لان القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عرض فلم يجز.

(فصل)

وإن قارض في مرضه على ربح أكثر من أجرة المثل ومات اعتبر الربح من رأس المال، لان الذى يعتبر من

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٧٥/١٤

الثلث ما يخرجه من ماله والربح ليس من ماله، وإنما يحصل بكسب العامل فلم يعتبر من الثلث، وإن مات وعليه دين قدم العامل على الغرماء لان حقه يتعلق بعين المال فقدم على الغرماء

(فصل)

وإن قارض قراضا فاسدا وتصرف العامل نفذ تصرفه لان العقد بطل وبقى الاذن فملك به التصرف، فان حصل في المال ربح لم يستحق العامل منه شيئا لان الربح يستحقه بالقراض وقد بطل القراض.

فأما أجرة المثل فإنه ينظر فيه فان لم يرض إلا بربح استحق لانه لم يرض أن يعمل إلا بعوض، فإذا لم يسلم له رجع إلى أجرة المثل، وان رضى من غير ربح بأن قارضه على أن الربح كله لرب المال ففى الاجرة وجهان

(أحدهما)

لا يستحق وهو قول المزني لانه رضى أن يعمل من غير عوض فصار كالمتطوع بالعمل من غير قراض

(والثانى)

أنه يستحق وهو قول أبي العباس لان العمل في القراض يقتضى العوض فلا يسقط بإسقاطه كالوطئ في النكاح.

وإن كان له على رجل دين فقال اقبض مالى عليك فعزل الرجل ذلك وقارضه عليه لم يصح القراض، لان قبضه له من نفسه لا يصح، فإذا قارضه عليه فقد." (١)

-١٨٢

"قال المصنف رحمه الله تعالى:

(باب العبد المأذون له في التجارة) لا يجوز للعبد أن يتجر بغير إذن المولى لان منافعه مستحقة له فلا يملك التصرف فيها بغير إذنه فإن رآه يتجر فسكت لم يصر مأذونا له لانه تصرف يفتقر إلى الاذن فلم يكن السكوت إذنا فيه كبيع مال الأجنبي فان اشترى شيئا في الذمة فقد **اختلف أصحابنا** فيه فقال أبو سعيد الاصطخرى وأبو إسحاق لا يصح لانه عقد معاوضة فلم يصح من العبد بغير إذن المولى كالنكاح.

وقال أبو على بن أبي هريرة: يصح لانه محجور عليه لحق غيره فصح شراؤه في الذمة كالمفلس ويخالف النكاح فانه تنقص به قيمته ويستضر به المولى فلم يصح من غير اذنه، فإن قلنا: أنه يصح دخل المبيع في ملك المولى

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٨٥/١٤

لانه كسب للعبد فكان للمولى كما لو احتش أو اصطاد ويثبت الثمن في ذمته لان اطلاق البيع يقتضى إيجاب الثمن في الذمة، فإن علم البائع برقه لم يطالبه حتى يعتق لانه رضى بذمته فلزمه الصبر إلى أن يقدر كما نقول فيمن باع من مفلس، وإن لم يعلم ثم علم فهو
بالخيار بين أن يصبر إلى أن يعتق وبين أن يفسخ البيع ويرجع إلى عين ماله لانه تعذر الثمن فثبت الخيار كما نقول فيمن باع من رجل ثم أفلس بالثمن، وان قلنا ان الشراء باطل وجب رد المبيع لانه مقبوض عن بيع فاسد فان تلف في يد العبد أتبع بقيمته إذا عتق لانه رضى بذمته وان تلف في يد السيد جاز له مطالبة المولى في الحال ومطالبة العبد إذا عتق لانه ثبتت يد كل واحد منهما عليه بغير حق.

(فصل)
وان أذن له في التجارة صح تصرفه لان الحجر عليه لحق المولى وقد زال وما يكتسبه للمولى لانه ان دفع إليه مالا فاشترى به كان المشترى عوض ماله فكان له، وان أذن له في الشراء في الذمة كان المشترى من أكسابه لانه تناوله الاذن فان لم يكن في يده شئ اتبع به إذا عتق لانه دين لزمه برضى من له الحق فتعلق بذمته ولا تباع فيه رقبته لان المولى لم يأذن له في رقبته فلم يقض منها دينه.." (١)
-١٨٣
"وجملة الثمر من النبات مثمرا على ثلاثة أقسام، قسم لا يختلف مذهب الشافعي في جواز المساقاة عليه وهو النخل والكرم، وقال داود: المساقاة جائزة في النخل دون الكرم، وحكى عن الليث بن سعد جواز المساقاة فيما لم يكن بعلا من النخل ومنع منها في البعل من النخل وفى الكرم، **واختلف أصحابنا** في جواز المساقاة في الكرم، هل قال به الشافعي نصا أو قياسا، فقال بعضهم: بل قال به نصا وهو ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم ساقى في النخل والكرم، وقال آخرون - وهو الاشبه: إنه قال به قياسا على النخل من وجهين ذكرهما، أحدهما لاشتراكهما في وجوب الزكاة فيها، والثانى: بروز ثمرها وإمكان خرصهما (والقسم الثاني) ما لا يختلف مذهب الشافعي في بطلان المساقاة فيه، وهو المقاثى والمباطخ والباذنجان ويسميها الزراعيون النباتات الزاحفة (١) وهى التي تمتد أوراقها وعروقها على الارض.
وحكى عن مالك جوازها في هذا كله ما لم يبد صلاحه.

(١) المجموع شرح المهذب ٣٩٦/١٤

(والقسم الثالث) ما كان شجرا وهو الذى له ساق من الخشب ففى جواز
المساقاة عليه قولان، أحدهما: وبه قال في القديم وهو قول أبي ثور: ان المساقاة عليه جائزة، ووجهه أنه لما اجتمع في الاشجار معنى النخل مع بقاء أصلها ومنع إجارتها كانت كالنخل في جواز المساقاة عليها، مع أنه قد كان بأرض خيبر شجر لم يرو عن النبي صلى الله عليه وسلم إفرادها عن حكم النخل، ولان المساقاة مشتقة مما يشرب بساق.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد، وهو قول أبي يوسف أن المساقاة على الشجر باطلة اختصاصا بالنخل والكرم لما ذكره الشافعي من المعنيين في الفرق بين النخل والكرم وبين الشجر.

---

(١) عند علماء النبات: الزاحفة كالبطيخ والشمام والدباء والقثاء والخيار، والمتسلقة كالعنب والياسمين واللوف، والنباتات الدرنيه كالبطاطس والقلقاس والبطاطا وهذه كلها لا يجوز المساقاة فيها واختلفوا كما ذكرنا في الاشجار الخشبية المثمرة للفواكه كالتفاح والبرتقال والمانجو فعلى الجديد لا تصح فيها المساقاة.." (١)
-١٨٤

"منافعها، وإن ساقاه إلى سنتين ففيه قولان، أحدهما: لا يجب ذكر كل سنة كما
إذا اشترى أعيانا بثمن واحد لم يجب ذكر قسط كل عين منها، والثاني: يجب، لان المنافع تختلف باختلاف السنين، فإذا لم يذكر قسط كل سنة لم نأمن أن ينفسخ العقد فلا يعرف ما يرجع فيه من العوض، ومن أصحابنا من قال: القولان في الاجارة، فأما في المساقاة فإنه يجب ذكر قسط كل سنه من العوض، لان الثمار تختلف باختلاف السنين، والمنافع لا تختلف في العادة باختلاف السنين.

(فصل)

وإذا ساقاه إلى عشر سنين فانقضت المدة ثم أطلعت ثمرة السنة العاشرة لم يكن للعامل فيها حق لانها ثمرة حدثت بعد انقضاء العقد وان أطلعت قبل انقضاء المدة وانقضت المدة وهى طلع أو بلح تعلق بها حق العامل لانها حدثت قبل انقضاء المدة (الشرح) قال الشافعي: فإذا ساقى على النخل والعنب بجزء معلوم فهى المساقاة التى ساقى عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم اه.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٠٣/١٤

(قلت) إذا تقرر هذا، فإن المساقاة من العقود اللازمة وليست من العقود الجائزة كالمضاربة، والفرق بينهما أن نماء النخل في المساقاة متأخر عن العمل، فكان في ترك لزومه تفويت العمل بغير بدل، ونماء المال في المضاربة متصل بالبيع فلم يكن في ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل فلذلك انعقد لازما في المساقاة وجائزا في المضاربة، وإذا كان كذلك فان صحة العقد فيها معتبرة بأربعة شروط ١ - أن تكون النخل معلومة، فان كانت مجهولة بأن قال: ساقيتك أحد حوائطي، أو على مال يثبت من نخلى كان باطلا، لان النخل أصل في العقد فبطل بالجهالة كالبيع، فلو ساقاه على نخل غائب بشرط خيار الرؤية فقد **اختلف أصحابنا** فيه، فخرجه بعضهم على قولين كالبيع، وذهب آخرون منهم - وهو الاصح - إلى فساد العقد قولا واحدا.

وفرقوا بين المساقاة والبيع بأن البيع يغرى بالغرر، فإذا دخل عليه غرر العين

الغائبة بخيار الرؤية، جرى على احتماله فصح فيه، وعقد المساقاة غرر فإذا دخل." (١)

-١٨٥

"لم يصح، لانه شرط عليه بعد حقه عملا لا يستحق عليه عوضا.

وإن شرط له ثمرة السنة العاشرة ففيه وجهان

(أحدهما)

أنه يصح كما يصح أن يعمل في جميع السنة، وإن كانت الثمرة في بعضها

(والثانى)

لا يصح لانه يعمل فيها مدة تثمر فيها ولا يستحق شيئا من ثمرها.

(فصل)

ولا يصح إلا على عمل معلوم فإن قال إن سقيته بالسيح فلك الثلث وان سقيته بالناضح فلك النصف لم يصح لانه عقد على مجهول.

(فصل)

وتنعقد بلفظ المساقاة لانه موضوع له وتنعقد بما يؤدى معناه، لان القصد منه المعنى، فصح بما دل عليه، فان

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٠٦/١٤

قال استأجرتك لتعمل فيه على نصف ثمرته لم تصح لانه عقد الاجارة بعوض مجهول القدر فلم تصح

(فصل)

ولا يثبت فيه خيار الشرط لانه إذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه وفى خيار المجلس وجهان

(أحدهما)

يثبت فيه لانه عقد لازم يقصد به المال فيثبت فيه خيار المجلس كالبيع

(والثانى)

لا يثبت لانه عقد لا يعتبر فيه قبض العوض في المجلس، فلو ثبت فيه خيار المجلس لثبت فيه خيار الشرط كالبيع.

(فصل)

وإذا تم العقد لم يجز لواحد منهما فسخه لان النماء متأخر عن العمل، فلو قلنا انه يملك الفسخ لم يأمن أن يفسخ بعد العمل ولا تحصل له الثمرة

(فصل)

وعلى العامل أن يعمل ما فيه مستزاد في الثمرة من التلقيح وصرف الجريد واصلاح الاجاجين وتنقية السواقى والسقى وقلع الحشيش المضر بالنخل، وعلى رب النخل عمل ما فيه حفظ الاصل من سد الحيطان ونصب الدولاب وشراء الثيران، لان ذلك يراد لحفظ الاصل ولهذا من يريد انشاء بستان فعل هذا كله **واختلف أصحابنا** في الجذاذ واللقاط، فمنهم من قال لا يلزم العامل ذلك، لان ذلك يحتاج إليه بعد تكامل النماء، ومنهم من قال يلزمه لانه لا تستغنى عنه الثمرة.

(فصل)

وان شرط العامل في القراض والمساقاة أن يعمل معه رب المال لم يصح لان موضوع العقد أن يكون المال من رب المال والعمل من العامل، فإذا لم يجز شرط المال على العامل لم يجز شرط العمل على رب المال، وان شرط أن." (١)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٠٩/١٤

-١٨٦

"يعمل معه غلمان رب المال فقد نص في المساقاة أنه يجوز.

واختلف أصحابنا فيها على ثلاثة أوجه، فمنهم من قال لا يجوز فيهما لان عمل الغلمان كعمل رب المال، فإذا لم يجز شرط عمله لم يجز شرط عمل غلمانه، وحمل قوله في المساقاة على أنه أراد ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره

(والثانى)

يجوز فيهما، لان غلمانه ماله، فجاز أن يجعل تابعا لماله كالثور والدولاب والحمار لحمل المتاع، بخلاف رب المال فإنه مالك، فلا يجوز أن يجعل تابعا لماله (والثالث) أنه يجوز في المساقاة ولا يجوز في القراض، لان في المساقاة ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره، فجاز أن يشترط فيها عمل غلمانه،

وليس في القراض ما يلزم رب المال، فلم يجز شرط غلمانه.

فإذا قلنا إنه يجوز لم يصح حتى تعرف الغلمان بالرؤية أو الوصف، ويجب أن يكون الغلمان تحت أمر العامل، وأما نفقتهم فإنه إن شرط على العامل جاز، لان بعملهم ينحفظ الاصل وتزكو الثمرة، وإن لم يشرط ففيه ثلاثة أوجه: (أحدها) أنها على العامل، لان العمل مستحق عليه فكانت النفقة عليه.

(والثانى)

أنها على رب المال، لان شرط عملهم عليه فكانت النفقة عليه: (والثالث) أنها من الثمرة لان عملهم على الثمرة فكانت النفقة منها.

(فصل)

وإذا ظهرت الثمرة ففيه طريقان من أصحابنا من قال هي على القولين في العامل في القراض

(أحدهما)

تملك بالظهور

(والثانى)

بالتسليم.

ومنهم من قال في المساقاة تملك بالظهور قولا واحدا، لان الثمرة لم تجعل وقاية لرأس المال فملك بالظهور.
والربح جعل وقاية لرأس المال فلم يملك بالظهور في أحد القولين

(فصل)

والعامل أمين فيما يدعى من هلاك وفيما يدعى عليه من خيانة، لانه ائتمنه رب المال فكان القول قوله، فان ثبتت خيانته ضم إليه من يشرف عليه ولا تزال يده، لان العمل مستحق عليه ويمكن استيفاؤه منه فوجب أن يستوفى وإن لم ينحفظ استؤجر عليه من ماله من يعمل عنه لانه لا يمكن استيفاء العمل بفعله فاستوفى بغيره

(فصل)

وان هرب رفع الامر إلى الحاكم ليستأجر من ماله من يعمل عنه فان لم يكن مال افترض عليه، فإن لم يجد من يقرضه فلرب النخل أن يفسخ،." (١)

-١٨٧

"أحدهما: أن العقد صحيح لان هكذا يكون عقد المساقاة.

والثانى: أن العقد باطل، لان هذا من أحكام العقد فلم ينعقد به العقد، وهذان الوجهان من اختلاف أصحابنا في البيع على ما فصله واستقصاه مجيدا السبكى في التكمله الاولى إذا عقد بلفظ التمليك.

(فرع)

فإذا اشتمل العقد على شروطه المعتبرة فيه صح ولم يجز فيه خيار الثلاث، **واختلف أصحابنا** هل يثبت فيه خيار المجلس أم لا؟ على وجهين كالاجارة ويجوز أن يستوثق فيه بالشهادة ولا يجوز أن يستوثق فيه بالرهن والضمان، لانه عقد غير مضمون، ثم يؤخذ العامل بالعمل المشروط عليه، فان لم يعمل في النخل حتى أثمرت كان له نصيبه من الثمرة ان قيل: انه شريك، ولا شئ له فيها ان قيل: انه أجير، ولرب العمل أن يأخذ العامل جبرا بالعمل للزوم العقد، فان أراد العامل أن يساقى غيره عليها مدة مساقاته جاز بمثل نصيبه فما دون كالاجارة، ولا يجوز بأكثر من نصيبه لانه لا يملك الزيادة، والفرق بين المساقاة حيث كان للعامل أن يساقى عليها وبين المضاربة حيث لم يجز للعامل أن يضارب بها أن تصرف العامل في المضاربة تصرف في حق رب المال لان العقد ليس بلازم فلم يملك الافتيات عليه في تصرفه، وتصرف العامل في المساقاة تصرف في حق نفسه

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٤/٤١٠

للزوم العقد فملك الاستنابة في تصرفه.

(فرع)

قال الشافعي: وكل ما كان مستزادا في الثمرة من اصلاح للمار وطريق الماء وتصريف الجريد، وابار النخل وقطع الحشيش الذى يضر بالنخل أو ينشف عنه الماء حتى يضر بثمرتها جاز شرطه على المساقاة، وأما سد الحظار فليس فيه مستزاد لاصلاح في الثمرة ولا يصلح شرطه على المساقى، فان قال: فان كان أصلح للنخل أن يسد الحظار - بحاء مفتوحة كسحاب ومكسورة ككاب بعد ظاء معجمة: الحائط - فكذلك أصلح لها أن يبنى عليها حظار لم يكن، وهو لا يجيزه في المساقاه، وليس هذا الاصلاح من الاستزاده في شئ من النخل انما هو دفع الداخل، قلت: والعمل المشروط في المساقاه على أربعة أنواع: ١ - ما يعود نفعه على الثمرة دون النخل.

٢ - ما يعود نفعه على النخل دون الثمرة.." (١)

-١٨٨

"قال المصنف رحمه الله تعالى:

كتاب الإجارة

يجوز عقد الاجارة على المنافع المباحة، والدليل عليه قوله تعالى (فان ارضعن لكم فآتوهن أجورهن) وروى سعيد بن المسيب عن سعد رضى الله عنه قال: كنا نكرى الارض بما على السواقى من الزرع، فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك وامرنا ان نكريها بذهب أو ورق.

وروى أبو أمامة التيمى قال: سألت ابن عمر فقلت: إنا قوم نكرى في هذا الوجه، وإن قوما يزعمون أن لا حج لنا، فقال ابن عمر: ألستم تلبون وتطوفون بين الصفا والمروة، أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فسأل عما تسألونني عنه فلم يرد عليه حتى نزل (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) فتلاها عليه.

وروى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام أجره، ولان الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الاعيان، فلما جاز عقد البيع على الاعيان وجب أن يجوز على المنافع

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤١٤/١٤

(فصل)

ولا تجوز على المنافع المحرمة لانه يحرم فلا يجوز أخذ العوض عليه كالميتة والدم.

(فصل)

واختلف أصحابنا في استئجار الكلب المعلم، فمنهم من قال يجوز لان فيه منفعة مباحة فجاز استئجاره كالفهد، ومنهم من قال: لا يجوز، وهو الصحيح، لان اقتناءه لا يجوز إلا للحاجة.

وهو الصيد وحفظ الماشية وما لا يقوم غير الكلب فيه مقامه إلا بمؤن، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم: من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان وما ابيح للحاجة لم يجز أخذ العوض عليه كالميتة، ولانه لا يضمن منفعته بالغصب فدل على أنه لا قيمة لها.

(فصل)

واختلفوا في استئجار الفحل للضراب، فمنهم من قال يجوز لانه." (١)

-١٨٩

"(فرع)

فأما إذا آجر داره كل شهر بدينار ولم يذكر عدد الشهور وغايتها لم تصح الاجارات فيما عدا الشهر الاول للجهالة بمبلغه، فصار كقوله: أجرتكها مدة، واختلف أصحابنا في صحتها ولزومها في الشهر الاول على وجهين.

(أحدهما)

أن الاجارة فيه صحيحه لكونه معلوما.

(والوجه الثاني) وهو الاصح أنها باطلة لكونه واحدا من عدد مجهول فلم يتميز في الحكم.

وقال أبو حنيفة: الاجارة صحيحه وللمستأجر فسخ الاجارة في كل شهر قبل دخوله، فإذا دخل قبل فسخه

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣/١٥

لزمه وجعل إطلاق الشهور مع تسمية الاجرة لكل شهر جاريا مجرى بيع الصبرة المجهولة القدر إذا سمى ثمن كل قفيز، وهذا خطأ للخطأ بما تناوله العقد من الشهور بخلاف الصبرة التى قد أشير إليها وينحصر كيلها، ولانه لا يخلو أن تصح الاجارة فلا يكون له فسخها من غير عذر أو تبطل، فلا يجوز أن يقيم عليها مع العذر، ويلزم أجرة المثل إن سكن دون المسمى.

فإذا قدر المدة بسنه حملت على السنه الهلاليه المعهودة شرعا فان شرط هلاليه كان تأكيدا، وإن قال عدديه أو سنه بالايام كان له ثلاثمائة وستون يوما، لان الشهر العددى يكون ثلاثين يوما، وإن استأجر سنه هلاليه أول الهلال عد اثنى عشر شهرا بالاهلة سواء كان الشهر تاما أو ناقصا، لان الشهر الهلالي ما بين

الهلالين ينقص مرة ويزيد أخرى، وإن كان العقد في أثناء شهر عد ما بقى من الشهر وعد بعده أحد عشر شهرا بالهلال ثم كمل الشهر الاول بالعدد ثلاثين يوما لانه تعذر اتمامه بالهلال فتممناه بالعدد وأمكن استيفاء ما عداه بالهلال فوجب ذلك لانه الاصل، وقد مضى في السلم بحث في الشهور العربية الهلاليه والشمسية الرومية ويعد ذلك أساسا لتوقيت التعامل هنا كمثله هناك.

(فرع)

قال في المنهاج: يشترط كون المنفعة معلومة ثم تارة تقدر بزمان كدار سنه، وتارة بعمل كدابه إلى مكة وكخياطه ذا الثوب فلو جمعهما فاستأجره ليخيطه بياض النهار لم يصح في الاصح، ويقدر تعليم القرآن بمدة أو تعيين سور وفى البناء يبين الموضع والطول والعرض والسمك وما يبنى به إن قدر بالعمل." (١)

-١٩٠

"في جنس واحد يقل ولا يصح حتى يعرف الراكب، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين لانه يختلف بثقله وخفته وحركته وسكونه، ولا يضبط ذلك بالوصف فوجب تعيينه، ولا يصح حتى يعرف ما يركب به من سرج وغيره، لانه يختلف ذلك على المركوب والراكب.

فإن كان عماريه أو محملا ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يجوز العقد عليه بالوصف لانه يمكن وصفه فجاز العقد عليه بالصفة كالسرج والقتب، والثانى إن كانت من المحامل البغدادية الخفاف جاز العقد عليه بالصفة لانها لا تختلف وإن كانت من الخراسانيه الثقال لم يجز إلا بالتعيين لانها تختلف وتتفاوت

(والثالث) وهو المذهب انه لا يجوز إلا بالتعيين لانها تختلف بالضيق والسعه والثقل والخفه وذلك لا يضبط

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٩/١٥

بالصفة فوجب تعيينه.

واختلف أصحابنا في المعاليق كالقدر والسطيحه، فمنهم من قال لا يجوز حتى يعرف قولا واحدا لانها تختلف فوجب العلم بها.

ومنهم من قال فيه قولان:

(أحدهما)

لا يجوز حتى يعرف لما ذكرناه

(والثاني)

يجوز وتحمل على ما جرت به العادة لانه تابع غير مقصود فلم تؤثر الجهالة فيه كالغطاء في الاجارة والحمل في البيع، وان كان السير في طريق فيه منازل معروفه جاز العقد عليه مطلقا لانه معلوم بالعرف فجاز العقد عليه مطلقا كالثمن في موضع فيه نقد متعارف، فان لم يكن فيه منازل معروفه لم يصح حتى يبين لانه مختلف لا عرف فيه فوجب بيانه كالثمن في موضع لا نقد فيه.

(فصل)

فان استأجر ظهر الحمل متاع صح العقد من غير ذكر جنس الظهر لانه لا غرض في معرفته ولا يصح حتى يعرف جنس المتاع انه حديد أو قطن لان ذلك يختلف على البهيمه ولا يصح حتى يعرف قدره لانه يختلف، فان كان موزونا ذكر وزنه، وان كان مكيلا ذكر كيله، فإن ذكر الوزن فهو أولى لانه أخصر وأبعد من الغرر، فان عرف بالمشاهدة جاز كما يجوز بيع الصبرة بالمشاهدة وان لم يعرف كيلها، فان شرط أن يحمل عليها ما شاء بطل العقد لانه دخل في الشرط ما يقتل البهيمه، وذلك لا يجوز فبطل به العقد.

فأما الظروف التى فيها المتاع فانه ان دخلت في وزن المتاع صح العقد لان." (١)

-١٩١

"(فصل)

وإن استأجر للحج والعمرة لم يصح حتى يذكر أنه إفراد أو قران أو تمتع، لان الاغراض تختلف باختلافها، فأما موضع الاحرام فقال في الام لا يجوز حتى يعين وقال في الاملاء: إذا استأجر أجيرا أحرم من الميقات ولم يشرط

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢١/١٥

التعيين، **واختلف أصحابنا** فيه فقال أبو إسحاق المروزى: فيه قولان:

(أحدهما)

لا يجوز حتى يعين، لان الاحرام قد يكون من الميقات، وقد يكون من دويرة أهله، وقد يكون من غيرهما، فإذا أطلق صار العقد على مجهول فلم يصح

(والثانى)

أنه يجوز من غير تعيين ويحمل على ميقات الشرع، لان الميقات معلوم بالشرع فانصرف الاطلاق إليه كنقد البلد في البيع ومن أصحابنا من قال: إن كان الحج عن حى لم يجز حتى يعين، لانه يمكن الرجوع إلى معرفة غرضه، وإن كان عن ميت جاز من غير تعيين، لانه لا يمكن الرجوع إلى معرفة غرضه، وحمل القولين على هذه الحالين.

ومنهم من قال: إن كان للبلد ميقاتان لم يجز حتى يبين لانه ليس أحدهما بأولى من الآخر، فوجب بيانه كالثمن في موضع فيه نقدان.

وإن لم يكن له إلا ميقات واحد جاز من غير تعيين، كالثمن في موضع ليس فيه إلا نقد واحد، وحمل القولين على هذين الحالين، فإن ترك التعيين وقلنا إنه لا يصح فحج الاجير، انعقد الحج للمستأجر لانه فعله بإذنه مع فساد العقد فوقع له كما لو وكله وكالة فاسدة في بيع (الشرح) أوردنا في صدر هذا الباب آية استئجار شعيب لموسى، وقد روى أحمد والبخاري وابن ماجه أن النبي صلى الله عليه قال: ما بعث الله نبيا إلا رعى الغنم، فقال أصحابه وأنت؟ قال نعم.

كنت أرعاها على قراريط لاهل مكة، وقال سويد بن سعيد: يعني كل شاة بقيراط.

وقال ابراهيم الحربى: قراريط اسم موضع، وقد صوب ابن الجوزى وابن ناصر التفسير الذى ذكره ابراهيم الحربى: لكن الذى رجح تفسير ابن سويد

أن أهل مكة لا يعرفون مكانا يقال له: قراريط وقد روى النسائي من حديث نصر بن حزن قال: افتخر أهل الابل والغنم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (بعث موسى وهو راعى غنم، وبعث داود." (١)

-١٩٢

(١) المجموع شرح المهذب ٢٨/١٥

"فإذا تقرر أن عقد الاجارة من العقود اللازمة، وأن فسخه بالعذر غير جائز فلا يجوز اشتراط الثلاث فيه، وقال أبو حنيفة: يجوز اشتراط الخيار فيه كما يجوز في البيع لانهما معا من عقود المعاوضات.

ودليلنا: هو ان ما لزم من عقود المنافع لم يصح اشتراط الخيار فيه كالنكاح ولان اشتراط الثلاثة يتضمن اتلاف بعض المعقود عليه فيما ليس متابع للمعقود

عليه مع بقاء العقد في جميعه فلم يصح، كما لو شرط في ابتياع جوادين أنه ان تلف أحدهما في يد البائع لم يبطل البيع.

ولان المعقود إذا لم يبق جميعه في مدة الخيار لم يصح اشتراط الخيار قياسا على بيع الطعام الرطب.

فإذا صح ان خيار الشرط لا يدخله فقد **اختلف أصحابنا** هل يدخله خيار المجلس ام لا؟ على وجهين.

(احدهما) يدخله كالبيع لكونهما عقدى معاوضة.

فعلى هذا ان أخرها المؤجر من غير المستأجر في خيار المجلس صحت الاجارة الثانية وكان ذلك فسخا للاجارة الاولى.

هكذا أفاده الماوردى.

وقال بعض أصحابنا: تفسخ الاجارة الاولى ولا تصح الاجارة الثانية لتقدم الفسخ.

لانه لا يصير الفعل الواحد فسخا وعقدا لتنافيهما.

ولهذا القول وجه فإن كان المذهب هو ان استقرار العقد الثاني يوجب فسخ العقد الاول بالتأهب الثاني.

وعلى هذا الوجه لو أخره المستأجر كانت اجارته باطلة سواء قبضه أو لم يقبضه.

لان خيار المؤجر يمنع من امضاء المستأجر.

وعلى هذا الوجه لو افترقا عن تراض لم يكن للمستأجر أن يؤجر قبل قبضه كما ليس للمشترى بيع ما لم يقبضه (والوجه الثاني) ان خيار المجلس لا يدخله.

ويصير العقد بالبذل والقبول لازما.

لان خيار المجلس يفوت بعض المدة فاشبه خيار الشرط.

فعلى هذا لو أجره المؤجر قبل الافتراق أو بعده لم يجز.

ولو آجره المستأجر.

فان كان بعد القبض جاز.

وان كان قبله؟ فعلى وجهين.

(أحدهما)

يجوز لمفارقته البيع في الخيار ففارقه في القبض.

(الوجه الثاني) لا يجوز لكون المنفعة مضمونه على المستأجر فأشبه ضمان." (١)

-١٩٣

"المبيع على البائع وان فارق البيع في حكم الخيار وهذان الوجهان في اجارة ما لم يقبض مبنى على اختلاف اصحابنا في عقد الاجارة هل تناول الدار المؤاجرة لاستيفاء المنفعة منها أو تناول المنفعة؟ فقال أبو إسحاق المروزى: عقد الاجارة انما تناول الدار الموجودة، لان المنافع غير مخلوقة، فعلى هذا يمنع من إجارتها قبل القبض كما يمنع من البيع.

(والوجه الثاني) وهو الاكثر من أصحابنا أن العقد إنما تناول المنفعة دون الرقبة لان العوض في مقابلتها، ولا يصح أن يتوجه العقد إلى ما لم يقابله العوض وتصير المنافع بتسليم الرقبة مقبوضة حكما، وإن لم يكن القبض مستقرا إلا بمضي المدة فعلى، هذا تجوز إجارتها قبل قبضها.

وقال النووي: لا تنفسخ الاجارة بعذر كتعذر وقود حمام وسفر ومرض مستأجر دابة لسفر، ولو استأجر أرضا لزراعه فزرع فهلك الزرع بجائحه فليس له الفسخ، ولا حط شئ من الاجرة، وتنفسخ بموت الدابه والاجير المعينين في المستقبل لا الماضي في الاظهر، والله تعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(باب ما يلزم المتكاريين وما يجوز لهما) يجب على المكرى ما يحتاج إليه المكترى للتمكين من الانتفاع كمفتاح الدار وزمام الجمل والبرة التى في أنفه والحزام والقتب والسرج واللجام للفرس لان التمكين عليه ولا يحصل التمكين إلا بذلك، فان تلف شئ منه في يد المكترى لم يضمنه كما لا يضمن العين المستأجرة وعلى المكرى بدله لان التمكين مستحق عليه إلى أن يستوفى المستأجر المنفعة وما يحتاج إليه لكمال الانتفاع كالدلو والحبل

(١) المجموع شرح المهذب ٤٣/١٥

والمحمل والغطاء فهو على المكترى، لان ذلك يراد لكمال الانتفاع، **واختلف أصحابنا** فيما يشد به أحد المحملين إلى الآخر، فمنهم من قال: هو على المكرى لانه من آلة التمكين، فكان على المكرى، ومنهم من قال: هو على المكترى

لانه بمنزلة تأليف المحمل وضم بعضه إلى بعض.." (١)

-١٩٤

"(فصل)

وعلى المكرى إشالة المحمل وحطه وسوق الظهر وقوده، لان العادة أنه يتولاه المكرى فحمل العقد عليه، وعليه أن ينزل الراكب للطهارة وصلاة الفرض لانه لا يمكن ذلك على الظهر، ولا يجب ذلك للأكل وصلاة النفل، لانه يمكن فعله على الظهر وعليه أن يبرك الجمل للمرأة والمريض والشيخ الضعيف، لان ذلك من مقتضى التمكين من الانتفاع، فكان عليه فأما أجرة الدليل فينظر فيه فإن كانت الاجارة على تحصيل الراكب فهو على المكرى لان ذلك من مؤن التحصيل، وإن كانت الاجارة على ظهر بعينه فهو على المكترى لان الذى يجب على المكرى تسليم الظهر وقد فعل، وعلى المكرى تسليم الدار فارغة الحش، لانه من مقتضى التمكين، فإن امتلا في يد المكترى ففى كسحه وجهان:

(أحدهما)

أنه على المكرى لانه من مقتضى التمكين فكان عليه

(والثانى)

أنه على المكترى لانه حصل بفعله فكان تنقيته عليه كتنظيف الدار من القمامة وعلى المكرى إصلاح ما تهدم من الدار وإبدال ما تكسر من الخشب، لان ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه.

**واختلف أصحابنا** في المستأجرة على الرضاع هل يلزمها الحضانة وغسل الخرق؟ فمنهم من قال يلزمها لان الحضانة تابعة للرضاع، فاستحقت بالعقد على الرضاع ومنهم من قال لا يلزمها لانهما منفعتان مقصودتان تنفرد إحداهما عن الاخرى فلا تلزم بالعقد على إحداهما الاخرى وعليها أن تأكل وتشرب ما يدر به اللبن ويصلح به، وللمستأجر أن يطالبها بذلك لانه من مقتضى التمكين من الرضاع، وفى تركه إضرار بالصبي

(١) المجموع شرح المهذب ٤٤/١٥

(فصل)

وعلى المكرى علف الظهر وسقيه لان ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه، فان هرب الجمال وترك الجمال فللمستأجر أن يرفع الامر إلى الحاكم ليحكم في مال الجمال بالعلف لان ذلك مستحق عليه فجاز أن يتوصل بالحكم إليه فإن أنفق المستأجر ولم يستأذن الحاكم لم يرجع لانه متطوع، وإن رفع الامر الحاكم ولم يكن للجمال مال اقترض عليه، فإن اقترض من المستأجر وقبضه منه." (١)

-١٩٥

"فإن قبل قول رب الدابة في ماله سقط كثير من حق العالف، وإن قبل قول المكترى العالف كان القول قوله فيما يلزم غيره، وإن نظر إلى علف مثلها فصدق به فيه فقد خرج مالك الدابة والمكترى من أن يكون القول قولهما، وقد ترد أشباه من هذا في الفقه فيذهب بعض أصحابنا إلى أن لا قياس، وأن القياس ضعيف، وقد ذكر في غير هذا الموضع، ويقولون: يقضى بين الناس بأقرب الامور في العدل فيما يراه إذا لم يجد فيه متقدما من حكم يتبعه.

قال الشافعي رضى الله عنه: فيعيب هذا المذهب بعض الناس من كره الرأى فإن جاز أن يحكم فيه بما يكون عدلا عند الناس فيما يرى الحاكم فهو مذهب أصحابنا في بعض أقاويلهم، وإن لم يجز فقد يترك أهل القياس القياس،

والله تعالى أعلم.

(فرع)

إذا استأجر دارا فانطمت آبارها وامتلات حشوشها فالذي عليه أصحابنا أن تنقية ذلك وتنظيفه على المؤجر دون المستأجر من غير تفصيل لما عليه من حقوق التمكين.

قال الماوردى: والذى عندي وأراه مذهبا أن تنقية ما انطم من آبارها على المؤجر وتنقية ما امتلا من حشوشها على المستأجر، لان امتلاء الحشوش من فعله فصار كتحويل القماش وليس كذلك انطمام الآبار، فلو امتنع المستأجر من تنقية الحشوش أجبر عليه، ولو امتنع المؤجر ما يلزمه من الآبار لم يجبر عليه، وكان المستأجر بالخيار، والله أعلم بالصواب.

قال المصنف رحمه الله:

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٥/١٥

(فصل)

واختلف أصحابنا في رد المستأجر بعد انقضاء الاجارة، فمنهم من قال: لا يلزمه قبل المطالبة لانه أمانة فلا يلزمه ردها قبل الطلب كالوديعة، ومنهم من قال: يلزمه لانه بعد انقضاء الاجارة غير مأذون له في إمساكها، فلزمه الرد كالعارية المؤقتة بعد انقضاء وقتها، فإن قلنا: لا يلزمه الرد لم يلزمه مؤنة الرد كالوديعة، وان قلنا: يلزمه لزمه مؤنة الرد كالعارية.

(فصل)

وللمستأجر أن يستوفى مثل المنفعة المعقود عليها بالمعروف، لان إطلاق العقد يقتضى المتعارف، والمتعارف كالمشروط، فإن استأجر دارا للسكنى." (١)

-١٩٦

"قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

فان استأجر عينا لمنفعة وشرط عليه ان لا يستوفى مثلها أو دونها أو لا يستوفيها لمن هو مثله أو دونه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن الاجارة باطله لانه شرط فيها ما ينافى موجبها فبطلت

(والثانى)

أن الاجارة جائزة، والشرط باطل، لانه شرط لا يؤثر في حق المؤجر، فألغى وبقى العقد على مقتضاه (والثالث) أن الاجارة جائزة والشرط لازم، لان المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به.

(فصل)

وللمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها لان الاجارة كالبيع وبيع المبيع يجوز بعد القبض فكذلك إجارة المستأجر، ويجوز من المؤجر وغيره كما يجوز بيع المبيع من البائع وغيره وهل يجوز قبل القبض فيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يجوز كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض

(والثانى)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٨/١٥

يجوز لان المعقود عليه هو المنافع، والمنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين، فلم يؤثر فيها قبض العين (والثالث) أنه يجوز إجارتها من المؤجر لانها في قبضته، ولا يجوز من

غيره لانها ليست في قبضته، ويجوز أن يؤجرها برأس المال وبأقل منه وبأكثر لانا بينا أن الاجارة بيع وبيع المبيع يجوز برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه، فكذلك الاجارة

(فصل)

وإن استأجر عينا لمنفعة فاستوفى أكثر منها فإن كانت زيادة تتميز بأن اكترى ظهرا ليركبه إلى مكان فجاوز أو ليحمل عليه عشرة أقفزة فحمل عليه أحد عشر قفيزا لزمه المسمى لما عقد عليه وأجرة المثل لما زاد لانه استوفى المعقود عليه فاستقر عليه المسمى واستوفى زيادة فلزمه ضمان مثلها، كما لو اشترى عشرة أقفزة فقبض أحد عشر قفيزا.

فان كانت الزيادة لا تتميز بأن اكترى أرضا ليزرعها حنطة فزرعها دخنا، فقد **اختلف أصحابنا** فيه، فذهب المزني وأبو اسحاق إلى أن المسألة على قولين

(أحدهما)

يلزمه أجرة المثل للجميع، لانه تعدى بالعدول عن المعقود عليه إلى غيره، فلزمه ضمان المثل كما لو اكترى أرضا للزراعة فزرع أرضا أخرى.." (١)

-١٩٧

"٣ - أن يستأجرها لزرع الحنطة على ان لا يزرع سواها ففيه ثلاثة أوجه حكاها ابن أبي هريرة (أحدها) أن الاجارة باطلة

(والثاني)

أن الاجارة جائزة والشرط باطل، وله أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة لانه لا يؤثر في حق المؤجر ما يفى (والثالث) أن الاجارة جائزة والشرط لازم، وليس له أن يزرعها غير الحنطة لان منافع الاجارة إنما تملك بالعقد على ما سمى فيه، ألا تراه لو استأجرها للزرع لم يكن له الغرس فكذلك إذا استأجرها لنوع من الزرع، قال الشافعي: وان كان يضرها مثل عروق تبقى فليس ذلك له، فان فعل فهو متعد ورب الارض بالخيار ان شاء أخذ الكراء وما نقص الارض على ما ينقصها زرع القمح ويأخذ منه كراء مثلها.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٥٨/١٥

قال المزني: يشبه أن يكون قوله الاول أولى، لانه أخذ ما كرى وزاد على الكرى ضررا، كرجل اكترى منزلا يدخل فيه ما يحتمل سقفه فجعل فيه أكثر.

إذا عرف هذا فانه إذا استأجر أرضا لزرع حنطة لم يكن له ان يزرعها ولا أن يغرسها ما هو أكثر ضررا منها لانه غير مأذون فيه فصار كالغاصب، وهل يصير بذلك ضامنا لرقبة الارض حتى يضمن قيمتها ان غصبت أو تلفت بسيل،

على وجهين

(أحدهما)

وهو قول أبي حامد الاسفراييني أنه يضمنها لانه قد صار بالعدول عما استحقه غاصبا.

والغاصب ضامن

(والثانى)

وهو الاصح، أنه لا يضمن رقبة الارض لان تعديه في المنفعة لا في الرقبة، فإن تمادى الامر بمستأجرها حتى حصد زرعه ثم طولب بالاجرة فالذي نص عليه الشافعي أن رب الارض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وما نقصت الارض وبين أن يأخذ أجرة المثل، **فاختلف أصحابنا**، فكان المزني وأبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة يخرجون تخيير الشافعي على قولين

(أحدهما)

أن رب الارض يرجع بأجرة المثل دون المسمى لان تعدى الزارع بعدوله عن الحنطة إلى ما هو أضر منها كتعديه بعدوله عن الارض إلى غيرها، فلما كان بعدوله عن الارض إلى غيرها ملتزما لاجرة المثل دون المسمى فكذلك بعدوله إلى غير الحنطة.

والقول الثاني: أنه يرجع بالمسمى من الاجرة، وينقص الضرر الزائد على." (١)

-١٩٨

"استيفاء الزرع بعد مدة الاجارة ينافى موجبها فبطلت، ثم للزارع استيفاء زرعه وقت حصاده، وإن بطلت الاجارة، ولا يؤخذ بقلع زرعه لانه زرع عن إذن اشترط فيه الترك وعليه أجرة المثل، والفرق بين هذه المسألة في استيفاء الزرع مع فساد الاجارة وبين أن يؤخذ بقلعه فيما تقدم من الاحوال والاقسام مع صحة الاجارة أن

---

(١) المجموع شرح المهذب ٦٣/١٥

الاجارة إذا بطلت روعى الاذن دون المدة، وإذا صحت روعيت المدة (ج) أن يطلق العقد فلا يشترط فيه قلعا ولا تركا فقد **اختلف أصحابنا** هل إطلاقه يقتضى القلع أو الترك؟ على وجهين.

(أحدهما)

وهو قول أبي إسحاق المروزى: أنه يقتضى القلع اعتبارا بموجب العقد، فعلى هذا الاجارة صحيحة، ويؤخذ المستأجر بقلع زرعه عند تقضى المدة

(والثانى)

وهو ظاهر كلام الشافعي أن الاطلاق يقتضى الترك إلى أوان الحصاد اعتبارا بالعرف فيه، كما أن ما لم يبد صلاحه من الثمار يقتضى إطلاق بيعه للترك إلى وقت الجداد اعتبارا بالعرف فيه، فعلى هذا تكون الاجارة فاسدة، ويكون للمستأجر ترك زرعه إلى وقت حصاده، وعليه أجرة المثل كما لو شرط الترك.

الحال الثالثة: وهو أن يقع الشك في المدة هل يستحصد الزرع فيها؟ كأن استأجرها خمسة أشهر لزرع البر والشعير، فقد يجوز أن يستحصد الزرع في هذه

المدة في بعض البلاد وبعض السنين، ويجوز أن لا يستحصد فيكون حكم هذه الحال حكم ما علم أنه يستحصد فيه، على ما مضى إسقاطا للشك واعتبارا باليقين هكذا أفاده الماوردى، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

وإن اكترى أرضا للغراس مدة لم يجز أن يغرس بعد انقضائها، لان العقد يقتضى الغرس في المدة فلم يملك بعدها، فإن غرس في المدة وانقضت المدة نظرت، فإن شرط عليه القلع بعد المدة أخذ بقلعه لما تقدم من شرطه ولا يبطل العقد بهذا الشرط، لان الذى يقتضيه العقد هو الغراس في المدة، وشرط القلع بعد المدة لا يمنع ذلك، وإنما يمنع من التبقية بعد المدة، والتبقة بعد." (١)

-١٩٩

(١) المجموع شرح المهذب ٦٨/١٥

"فلزمه جميع البدل، كما لو اشترى عبدا فتلفت يده في يد البائع ورضى به.

(فصل)

ومتى رد المستأجر العين بالعيب، فان كان العقد على عينها انفسخ العقد، لانه عقد على معين فانفسخ برده، كبيع العين.

وان كان العقد على موصوف في الذمة لم ينفسخ العقد برد العين، بل يطالب ببدله، لان العقد على ما في الذمة، فإذا رد العين رجع إلى ما في الذمة، كما لو وجد بالمسلم فيه عيبا فرده.

(فصل)

وان استأجر عبدا فمات في يده، فان كان العقد على موصوف في الذمة طالب ببدله لما ذكرناه في الرد بالعيب، وان كان العقد على عينه فان لم يمض من المدة ما له أجرة انفسخ العقد.

وقال أبو ثور من أصحابنا: لا ينفسخ، بل يلزم المستأجر الاجرة لانه هلك بعد التسليم فلم ينفسخ العقد، كما لو هلك المبيع بعد تسليم فلم ينفسخ العقد، والمذهب الاول، لان المعقود عليه هو المنافع، وقد تلفت قبل قبضها فانفسخ العقد كالمبيع إذا هلك قبل القبض.

وان مضى من المدة ماله أجرة انفسخ العقد فيما بقى بتلف المعقود عليه، وفيما مضى طريقان:

(أحدهما)

لا ينفسخ فيه العقد قولا واحدا

(والثانى)

انه على قولين بناء على الطريقين في الهلاك الطارئ في بعض المبيع قبل القبض، هل هو كالهلاك المقارن للعقد ام لا؟ لان المنافع في الاجارة كالمبيع قبل القبض، وفى المبيع قبل القبض طريقان فكذلك الاجارة.

(فصل)

وان اكترى دارا فانهدمت فقد قال في الاجارة ينفسخ العقد،

وقال في المزارعة إذا اكترى أرضا للزراعة فانقطع ماؤها ان المكترى بالخيار بين أن يفسخ وبين أن لا يفسخ.

**واختلف أصحابنا** فيهما على طريقين، فمنهم من نقل جواب كل واحدة من المسئلتين إلى الاخرى فخرجهما على قولين، وهو الصحيح

(أحدهما)

ان العقد ينفسخ فيهما، لان المنفعة المقصودة هي السكنى والزراعة وقد فاتت فانفسخ العقد، كما لو اكترى عبدا للخدمة فمات.

(والثانى)

لا ينفسخ لان العين باقية يمكن الانتفاع بها وانما نقصت منفعتها فثبت له الخيار كما لو حدث به عيب. ومنهم من قال إذا انهدمت الدار انفسخ." (١)

-٢٠٠

"حريق أو ضريب ١) أو جراد أو غير ذلك فهذا كله جائحة على الزرع لا على الارض فالكراء له لازم، فان أحب أن يجدد زرعا جدده ان كان ذلك يمكنه، وان لم يمكنه فهذا شئ أصيب به في زرعه لم تصب به الارض فالكراء له لازم، وهذا مفارق للجائحة في الثمرة يشتريها الرجل فتصيبها الجائحة في يديه قبل أن يمكنه جدادها.

ومن وضع الجائحة ثم ابتغى أن لا يضعها ههنا، فان قال قائل: إذا كانتا جائحتين فما بال احداهما توضع والاخرى لا توضع، فان من وضع الجائحة الاولى فانما يضعها بالخبر، وبانه إذا كان البيع جائزا في شراء الثمرة إذا بدا صلاحها وتركها حتى تجدد فانما ينزلها بمنزلة الكراء الذى يقبض به الدار ثم تمر به أشهر ثم تتلف الدار فيسقط عنه الكراء من يوم تلف.

اه وقد **اختلف أصحابنا** في الفساد الطارئ على المستأجر - بفتح الجيم - على

حسب اختلافهم في الفساد الطارئ على بعض الصفقة، هل يكن كالفساد المقارن للعقد؟ فقال بعض أصحابنا هما سواء، فيكون بطلان الاجارة فيما مضى من المدة على قولين من تفريق الصفقة.

وقال آخرون: ان الفساد الطارئ على العقد مخالف للفساد المقارن للعقد، فتكون الاجارة فيما مضى من المدة غير فاسدة قولا واحدا.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٧٤/١٥

فان قيل ببطلان الاجارة فيما مضى من المدة لزم المستأجر أجرة المثل في الماضي دون المسمى.

وان قيل بصحة الاجارة فيما مضى فقد **اختلف أصحابنا** هل له الخيار في فسخه أم لا؟ على وجهين

(أحدهما)

لا خيار له لفواته على يده، فعلى هذا ان كانت اجرة السنة كلها متساوية لتساوي العمل فيها فعليه نصف الاجرة المسماة لاستيفاء نصف العمل المستحق بنصف السنة المسماة وان كان العمل فيها مختلفا والاجرة فيه مختلفة مثل ان تكون اجرة النصف الماضي من السنة مائة درهم واجرة النصف الباقي خمسين درهما تقسطت الاجرة على العمل المختلف دون المدة، وكان على المستأجر ثلثى ثلثا الاجرة بمضي نصف المدة لانها تقابل ثلثى العمل

---

(١) الضريب يقال للثلج الدائب ولسموم الماء انشفه الارض.

هكذا في القاموس." (١)

-٢٠١

"سيده عن رقبته مع بقاء الاجارة عليها، فكذلك إذا زال بالبيع والموت.

وأما الجواب عن استدلاله بأن المنافع تستوفى بعقد وملك وهذا مفترق بالموت، فهو أن اجماعهما يعتبر عند العقد ولا يعتبر فيما بعد كما لو أعتق أو باع ولا يمتنع أن يستوفى من يد الوارث ما لم يعاقد عليه كما يستوفى منه ثمن ما اشتراه الموروث ويقبض منه أعيان ما ترك الموروث، لان الموروث قد ملك عليه ذلك بعقده فلم يملكه الوارث بموته.

فأما قول الشافعي: فان قيل: فقد انتفع المكترى بالثمن قيل: كما لو أسلم في متاع لوقت فانقطع ذلك أو ابتاع متاعا غائبا ببلد ودفع الثمن فهلك المتاع رجع بالثمن وقد انتفع به البائع فهذا سؤال أورده الشافعي، وقد **اختلف أصحابنا** في مراده فقال أبو إسحاق المروزى: أراد به الرد على من اجل الاجره ومنع من حلولها لئلا ينتفع المكرى بالاجرة قبل انتفاع المكترى بالمنفعة، وقد تنهدم الدار فتفوت المنفعة فقال الشافعي: مثل هذا ليس يمتنع كما أن بائع السلم قد يتعجل مقتضى الثمن وينتفع به وقد يهلك المسلم فيه عند محله فيسترجع ثمن ما انتفع به البائع دون المشترى، وكما يقبض غائب عنه فيتلف قبل قبضه فيرد ثمنه بعد الانتفاع

---

(١) المجموع شرح المهذب ٧٦/١٥

به.

وقال أبو العباس بن سريج: يحتمل أن يريد به الرد على من أبطل الاجاره بموت المؤجر لئلا ينتفع المؤجر بالاجرة ويلزم وارثه تسليم المنفعة فأجاب عنه بما ذكرنا من الجوابين.

وقال أبو حامد الاسفراييني: انما أراد به ان انهدام الدار وموت العبد في تضاعيف المدة يبطل الاجاره فيما بقي ويوجب أن يرد من الاجره بقسطها، وان انتفع المكرى بها ولم ينتفع المكترى بما قابلها فأجاب بما ذكرنا من انتفاع البائع بثمن المسلم فيه وتلف العين الغائبة.

وقال المزني: هذا تجويز بيع الغائب، وعنه جوابان

(أحدهما)

أنه محمول على أحد قوليه

(والثانى)

أنه محمول على بيع غائب قدراه: فإذا ثبت أن اجارة الملك لا تبطل بموت المؤجر والمستأجر انتقل الكلام إلى اجارة الوقف، فإن أجر ولا حق له في غلته صحت اجارته ولم تبطل بموته." (١)

-٢٠٢

"لانه لم يؤجل ملكه وإنما ناب عن غيره، وإن أجره من يستحق غلته ويستوجب أجرته لكونه وقفا عليه فقد **اختلف أصحابنا** في بطلان الاجارة بموته على وجهين

(أحدهما)

وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أن الاجارة قد بطلت بموته وانتقال المنفعة إلى غيره، وفرق بين المالك والوقف بأن وارث الملك يملك عن المؤجر فلم يملك ما خرج عن ملك المؤجر، وليس كذلك الوقف، لان مؤجره يملك منفعته مدة حياته، فإذا فقد انقطع ملكه وانتقل إلى من بعده بشرط

الوقف بالارث.

(والوجه الثاني) وهو الاظهر: الاجارة لا تبطل لان مؤجره وال قد أجره في حق نفسه وحق من بعده بولايته، فإذا انقضى حقه بموته صحت إجارته في حق من بعده بولايته، فإذا كان قد استوفى الاجرة استرجع من تركته أجرة ما بقى من المدة بعد موته.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩٢/١٥

وإذا استأجر الرجل من أبيه دارا سنة ودفع إليه الاجرة ثم مات الاب نظرت فان لم يكن له غير هذا الابن المستأجر فقد سقط حكم الاجارة لانه صار مالكا للدار والمنفعة إرثا فامتنع بقاء عقده على المنفعة، فان لم يكن على أبيه دين فقد صارت الدار مع التركة إرثا، وإن كان على أبيه دين ضرب مع الغرماء بقدر الاجرة، لانها صارت بانفساخ الاجارة بالارث دينا على الاب فساوى الغرماء فيها، فلو كان للاب ابن آخر انفسخت الاجارة في نصف الدار وهو حصة المستأجر ولزمت في حصة الابن الآخر ورجع المستأجر منهما بنصف الاجره في تركة أبيه لانها صارت دينا عليه.

فإذا أجر الاب أو الوصي صبيا ثم بلغ في الصبى في مدة الاجارة رشيدا لاجارة لازمة لا تنفسخ ببلوغه والله تعالى أعلم.." (١)

-٢٠٣

"قال الربيع: كان الشافعي رحمه الله يذهب إلى أنه لا ضمان على الاجير، ولكنه لا يفتى به لفساد الناس، والدليل عليه أنه قبض العين لمنفعته ومنفعة المالك فلم يضمنه كالمضارب.

وإن كان الاجير منفردا وهو الذى يعمل له ولا يعمل لغيره، فقد **اختلف أصحابنا** فيه، من قال: هو كالاجير المشترك وهو المنصوص، فان الشافعي رحمه الله قال: والاجراء كلهم سواء، فيكون على قولين لانه منفرد باليد فأشبه الاجير المشترك، ومنهم من قال: لا يجب عليه الضمان قولا واحدا لانه منفرد بالعمل فأشبه إذا كان عمله في دار المستأجر.

فإن قلنا إنه أمين فتعدى فيه ثم تلف ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين تعدى إلى أن تلف، لانه ضمن بالتعدي فصار كالغاصب، وان قلنا انه ضامن لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف كالغاصب.

ومن أصحابنا من قال: يلزمه قيمته وقت التلف كالمستعير.

وليس بشئ

(فصل)

وان عمل الاجير بعض العمل أو جميعه ثم تلف نظرت فان كان العمل في ملك صاحبه أو بحضرته وجبت له الاجرة أنه تحت يده فكل ما عمل شيئا صار مسلما له، وان كان في يد الاجير فان قلنا انه أمين لم يستحق

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩٣/١٥

الاجرة لانه لم يسلم العمل، وان قلنا انه ضامن استحق الاجرة لانه يقوم عليه معمولا فيصير بالتضمين مسلما للعمل فاستحق الاجرة

(فصل)

وان دفع ثوبا إلى خياط وقال: ان كان يكفيني لقميص فاقطعه فقطعه ولم يكفه لزمه الضمان، لانه أذن له بشرط فقطع من غير وجود الشرط فضمنه.

وان قال: أيكفيني للقميص؟ فقال نعم، فقال اقطعه فقطعه فلم يكفه لم يضمن لانه قطعه بإذن مطلق.

(الشرح) الاخبار الواردة في هذه الفصول كرواية الشعبي عن أنس وخبر

خلاس بن عمرو ففى الام.

وقد روى الشافعي خبر جعفر الصادق قال: أخبرنا بذلك ابراهيم بن أبي يحيى عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عليا ضمن الغسال." (١)

-٢٠٤

"دليلنا أنه إنما أذن له في الاولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه.

وفى الثانية أذن له من غير شرط فافترقا، ولم يجب عليه الضمان في الاولى لتغريره، بل لعدم الاذن في قطعه، لان إذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون إذنا في غير ما وجد فيه

الشرط بخلاف الثانية.

والله أعلم بالصواب.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

**واختلف أصحابنا** فيما يأخذ الحمامى، هل هو ثمن الماء أو أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب، فمنهم من قال هو ثمن الماء وهو متطوع بحفظ الثياب ومعير للسطل، فعلى هذا لا يضمن الثياب إذا تلفت وله عوض السطل إذا تلف.

ومنهم من قال هو أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب، فعلى هذا لا يضمن الداخل السطل إذا هلك لانه

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩٦/١٥

مستأجر، وهل يضمن الحمامى الثياب؟ فيه قولان لانه أجير مشترك.

(فصل)

وان استأجر رجلا للحج فتطيب في إحرامه أو لبس، وجبت الفدية على الاجير، لانه جناية لم يتناولها الاذن فوجب ضمانها، كما لو استأجره ليشترى له ثوبا فاشتراه ثم خرقه.

وإن أفسد الحج صار الاحرام عن نفسه، لان الفاسد غير مأذون فيه فانعقد له كما لو وكله في شراء عبد فاشترى أمة، فإن كان العقد على حجه في هذه السنة انفسخ، لانه فات المعقود عليه، وإن كان على حج في الذمة ثبت له الخيار، لانه تأخر حقه، فإن استأجر للحج من ميقات فأحرم من ميقات آخر لم يلزمه شئ لان المواقيت المنصوص عليها متساوية في الحكم، وإن كان بعضها أبعد من بعض، فإذا ترك بعضها إلى بعض لم يحصل نقص يقتضى الجبران.

وإن أحرم دون الميقات لزمه دم، لانه ترك الاحرام من موضع يلزمه الاحرام منه، فلزمه دم كما لو ترك ذلك في حجه لنفسه، فإن استأجره ليحرم من دويرة أهله فأحرم دونه لزمه دم، لانه وجب عليه ذلك بعقد الاجارة فصار كما لو لزمه في حجه لنفسه بالشرع أو بالنذر فتركه.

وهل يلزمه أن يرد من الاجرة بقسطه؟ قال في القديم يهرق دما وحجه تام." (١)

-٢٠٥

"(فصل)

وإن دفع ثوبا إلى رجل فخاطه ولم يذكر له أجرة فقد **اختلف أصحابنا** فيه اربعة أوجه.

أحدها: أنه تلزمه الاجرة، وهو قول المزني رحمه الله، لانه استهلك عمله فلزمه أجرته.

والثانى: أنه إن قال له: خطه لزمه، وإن بدأ الرجل فقال: أعطني لاخيطه لم تلزمه وهو قول أبي إسحاق لانه إذا أمره فقد ألزمه بالامر، والعمل لا يلزم من غير أجرة فلزمته، وإذا لم يأمره لم يوجد ما يوجب الاجرة فلم تلزم.

والثالث: أنه إذا كان الصانع معروفا بأخذ الاجرة على الخياطة لزمه، وإذا لم يكن معروفا بذلك لم يلزمه، وهو قول أبي العباس، لانه إذا كان معروفا بأخذ الاجرة صار العرف في حقه كالشرط، وإن لم يكن معروفا لم يوجد

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٠١/١٥

ما يقتضى الاجرة من جهة الشرط ولا من جهة العرف.
والرابع: وهو المذهب: أنه لا يلزمه بحال، لانه بذل ماله من غير عوض فلم يجب له العوض، كما لو بذل طعامه لمن أكله، وان نزل رجل في سفينة ملاح بغير اذنه فحمله فيها إلى بلد لزمه الاجرة، لانه استهلك منفعة موضعه من السفينة من غير اذن فلزمه أجرتها، وان نزل فيها عن اذنه ولم يذكر الاجرة، فعلى ما ذكرناه من الوجوه الاربعة في الخياطة، وبالله التوفيق.
(الشرح) قال الماوردى في الحاوى الكبير: وليس لمؤجر الارض أن يحتبس الارض على المستأجر على دفع الاجرة، ولا للجمال أن يحبس ما استؤجر على حمله من المبتاع ليأخذ الاجرة لانه في يده أمانة وليس برهن.
فأما الصانع المستأجر على عمل من خياطة أو صباغة هل له احتباس ما بيده من العمل على أجرته؟ فيه وجهان.
أحدهما: ليس له ذاك قياسا على ما ذكرنا، والثانى: له ذاك لان عمله ملك له كالبائع، فإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الاجر فتلف ضمنه، لانه لم يرهنه عنده، ولا اذن له في امساكه، فلزمه الضمان كالغاصب، وبهذا قال أصحاب أحمد كما أفاده ابن قدامة.
(فرع)
إذا عمل الصانع عملا لغيره بإذنه كأن دفع ثوبا إلى قصار ليقصره." (١)
-٢٠٦
"الخيل تقاتل عليها العرب والعجم والابل تقاتل عليها العرب فجازت المسابقة عليها بالعوض واختلف قوله في البغل والحمار، فقال في أحد القولين تجوز المسابقة عليهما بعوض لحديث أبى هريرة، ولانه ذو حافر أهل فجازت المسابقة عليهما بعوض كالخيل
(والثانى)
لا تجوز لانه لا يصلح للكر والفر، فأشبه البقر **واختلف أصحابنا** في المسابقة على الفيل بعوض، فمنهم من قال: لا تجوز، لانه لا يصلح للكر والفر.
ومنهم من قال: تجوز لحديث أبى هريرة، ولانه ذو خف يقاتل عليه فأشبه الابل.
واختلفوا في المسابقة على الحمام، فمنهم من قال لا تجوز المسابقة عليها بعوض وهو المنصوص لحديث أبى

(١) المجموع شرح المهذب ١١٠/١٥

هريرة، ولانه ليس من آلات الحرب فلم تجز المسابقة عليه بعوض، ومنهم من قال تجوز لانه يستعان به على الحرب في حمل الاخبار فجازت المسابقة عليه بعوض كالخيل.

واختلفوا في سفن الحرب كالزبازب والشذوات، فمنهم من قال تجوز، وهو قول أبي العباس، لانها في قتال الماء كالخيل في قتال الارض، ومنهم من قال لا تجوز، لان سبقها بالملاح لا بمن يقاتل فيها واختلفوا في المسابقة على الاقدام بعوض، فمنهم من قال تجوز لان الاقدام في قتال الرجالة كالخيل في قتال الفرسان، ومنهم من قال لا تجوز، وهو المنصوص لحديث أبي هريرة، ولان المسابقة بعوض أجيزت ليتعلم بها ما يستعان به في الجهاد، والمشى بالاقدام لا يحتاج إلى التعلم

واختلفوا في الصراع، فمنهم من قال يجوز بعوض، لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم صارع يزيد بن ركانه على شاء فصرعه، ثم عاد فصرعه، ثم عاد فصرعه، فأسلم ورد عليه الغنم.

ومنهم من قال: لا يجوز.

وهو المنصوص لحديث أبي هريرة، ولانه ليس من آلات القتال.

وحديث يزيد بن ركانة محمول على أنه فعل ذلك ليسلم، ولانه لما أسلم رد عليه ما أخذ منه.." (١)

-٢٠٧

"(أحدهما)

وهو قول ابن سريج يجوز السبق عليها لانها معدة لجهاد العدو في البحر وحمل ثقله كالابل في البر.

(والوجه الثاني) لا يجوز السبق عليها لان سبقها بقوة ملاحها دون المقاتل فيها، فأما بالزواريق الكبار والمراكب الثقال التى لم تجر العادة في لقاء العدو بمثلها فغير جائز على الوجهين معا هكذا أفاده الماوردى في الحاوى، فأما كون الحافر بالخيل والبغال والحمير نصا في أحد القولين لا نقلا من اسم الحافر

عليها وقياسا في القول الثاني لانها ذوات حوافر كالخيل وفى معناها، **واختلف أصحابنا** هل يقاس عليها السبق بالاقدام أم لا؟ على وجهين.

(أحدهما)

وبه قال أبو حنيفة: تجوز المسابقة بالاقدام بعوض وبغير عوض لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم استبق هو

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٣٧/١٥

وعائشة على أقدامهما، ولان السعي من قتال الرجالة كالخيل في قتال الفرسان.

والوجه الثاني وهو الظاهر من مذهب الشافعي أن المسابقة بالاقدام لا تجوز مطلقا عند الماوردى في الحاوى ويشمل ما كان بغير عوض أو بعوض لانه سبق على فعلها من غير آلة فاشبه الطفرة والوثبة، ولان السبق على ما يستفاد بالتعليم ليكون باعثا على معاطاته، والسعى لا يستفاد بالتعليم، وقيد المصنف عدم الجواز على المذهب والمنصوص أنه ما كان بعوض.

قال الماوردى: فعلى هذا ان قيل: ان المسابقة بالاقدام لا تجوز فالمسابقة بالسباحة أولى أن لا تجوز، وان قيل بجوازها على الاقدام ففى جوازها بالسباحة وجهان

(أحدهما)

تجوز كالاقدام لان أحدهما على الارض والآخر في الماء.

(والوجه الثاني) أنها لا تجوز بالسباحه وان جازت بالاقدام لان الماء مؤثر في السباحه والارض غير مؤثرة في السعي أه.

وهذا كلام من لا يعرف قواعد السباحه وكونها علما ومهارة ولها قواعد لا تتأتى الا بالتعلم والتمرس مع لياقة البدن وقوته حتى تكون المهارة والتفوق والسبق.

وقد تطورت أسباب الاعداد للجهاد فكان منها الضفادع البشريه الذين يغوصون في أعماق البحار ليدمروا السفن الحربيه وقلاع الثغور، وهى أنكى." (١)

-٢٠٨

"على الاعداء من ركوب الخيل والحمير.

ولولا مهارة عساكر الاسلام وجند القرآن في علوم البحار وأولها إتقان السباحة ما تسنى للصحابة أن ينتصروا على

الروم في معركه ذات الصوارى في الاسكندرية ولا طرقوا بأيديهم القوية أبواب القسطنطينية على عهد معاوية وكانت قيادة الاسطول لولده يزيد.

وأما السبق بالصراع أو المصارعة فقد كانت تقوم عند السلف على قوة البدن وعلى إحسان القبض على الخصم وإلقائه أرضا وهى في زماننا هذا تقوم على أضرب منها الحرة والرومانية واليابانية، ولكل نوع منها

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٥/١٤٠

أسلوبه في صرع الخصم، وهى تهدف جميعا إلى إحسان القبض على الخصم وإجباره على أن يتخذ وضعا ببدنه يعجز معه عن المقاومة.

وقد اختلف أصحابنا في السبق بالصراع على وجهين:

(أحدهما)

وهو مذهب أبي حنيفة أنه جائز لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه خرج إلى الابطح في قصة يزيد بن ركانة، وقد مضى تخريج طرقها وبيان وجه الحق فيها وهى روايات بمجموعها وإن لم يصح منها واحدة إلا أنها تنهض للاحتجاج.

والوجه الثاني وهو ظاهر مذهب الشافعي، والمنصوص عنه أنه لا يجوز، فالسبق على المشابكه بالايدي لا تجوز.

وإن قيل بجوازه في الصراع ففى جوازه بالمشابكة وجهان كالسباحة.

ومنها اختلاف أصحابنا في السبق بالحمام وجهان، وهو نوع من الحمام الذكى الصبور الذى يعبر البحار ويقطع الفيافي والقفار حتى يصل إلى غايته بسرعة فائقة يحمل الاخبار والكتب، وكان لامراء الاسلام وقواد الجيوش أبراج لتلقى هذه الحمائم فيفضون كتبها بأنفسهم، فمن جيش يطلب النجدة إلى قائد يعلن هزيمة عدوه، فكان لهذا الحمام أثره وفعله، وهو سلاح من أسلحة الجيوش كالبرق وسلاح الاشارة، فالوجه الاول يجوز لانها تؤدى أخبار المجاهدين بسرعة.

والوجه الثاني: لا يجوز لانها لا تؤثر في جهاد العدو.

وأما السبق بنطاح الكباش ونقار الديكة، فهو أسفه أنواع السبق وهو باطل لا يختلف أحد من أهل العلم في عدم جوازه.

والله أعلم بالصواب." (١)

-٢٠٩

"قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

وتجوز المسابقة بعوض على الرمى بالنشاب والنبل، وكل ماله نصل يرمى به كالحراب والزانات لحديث أبي

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٤١/١٥

هريرة، ولانه يحتاج إلى تعلمه في الحرب فجاز أخذ العوض عليه، ويجوز على رمى الاحجار عن المقلاع، لانه سلاح يرمى به فهو كالنشاب وأما الرمح والسيف والعمود ففيه وجهان، أحدهما تجوز المسابقه عليها بعوض لانه سلاح يقاتل به فأشبه النشاب، والثانى لا تجوز لان القصد بالمسابقة التحريض على تعلم ما يعد للحرب، والمسابقة بهذه الآلات محاربه لا مسابقه، فلم تجز لسبق على أن يرمى بعضهم بعضا بالسهم

(فصل)

وأما كرة الصولجان ومداحاة الاحجار ورفعها من الارض، والمشابكة والسباحه واللعب بالخاتم والوقوف على رجل واحدة وغير ذلك من اللعب الذى لا يستعان به على الحرب، فلا تجوز المسابقة عليها بعوض، لانه لا يعد للحرب، فكان أخذ العوض فيه من أكل المال بالباطل.

(فصل)

وإن كانت المسابقه على مركوبين فقد **اختلف أصحابنا** فيه، فمنهم من قال لا تجوز الا على مركوبين من جنس واحد كالفرسين والبعيرين، فإن سابق بين فرس وبعير أو فرس وبغل لم يجز لان تفاضل الجنسين معلوم، وأنه لا يجرى البغل في شروط الفرس كما قال الشاعر: إن المذرع لا تغنى خؤولته كالبغل يعجز عن شوط المحاضير ويجوز أن يسابق بين العتيق والهجين، لان العتيق في أول شوطه أحد وفى آخره ألين، والهجين في أول شوطه ألين وفى آخره أحد.

فربما صارا عند الغاية متكافئين.

ومنهم من قال، وهو قول أبي إسحاق انه يعتبر التكافؤ بالتقارب في

السبق، فإن تقارب جنسان كالبغل والحمار جاز، لانه يجوز أن يكون كل واحد منهما سابقا والآخر مسبوقا، وإن تباعد نوعان من جنس كالهجين والعتيق والبختي والنجيب لم يجز، لانه يعلم أن أحدهما لا يجرى في شوط الآخر.

قال الشاعر: إن البراذين إذا أجريتها مع العتاق ساعة أعنيتها، فلا معنى للعقد عليه

(فصل)

ولا تجوز إلا على مركوبين معينين لان القصد معرفة جوهرهما، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين.." (١)

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٤٢/١٥

-٢١٠

"(الشرح) السلاح نوعان نوع يفارق اليد ونوع لا يفارق اليد، فكل سلاح فارق يد صاحبه كالسهام والحراب ومقاليع الاحجار وقسى البندق ورصاصة فهو جائز بالاتفاق، أما ما لا يفارق يد صاحبه من السيوف والرماح والاعمدة فقد **اختلف أصحابنا** فيها على وجهين.

أحدهما: يجوز كالمفارق ليده، لان جهاد العدو بها.

والوجه الثاني: لا يجوز، لانه يكون بذلك محاربا لا مسابقا، فأما السبق بالمداحى وأكرة الصولجان وما ذكره المصنف من أنواع اللعب فعلى الوجه الذى ذكره المصنف لا وجه غيره، وفرق الماوردى بين السبق بالمداحى وهى إحداث حفرة يلقون بأحجار مستديرة فيها فمن وقع حجره فيها فقد قمر وبين الدحو بالحجر الثقيل أو رفعه من الارض لاختبار القوة والارتياض بها وهو في رياضة حمل الاثقال فيكون السبق عليه كالسبق على الصراع فيكون على وجهين.

(فرع)

عرفت فيما أسلفنا في الفصل قبلة أن لصحة السبق على الاعواض المبذولة خمسة شروط.

أحدها: التكافؤ فيما يسبقان عليه وفيما يتكافآن به وجهان، أحدهما: وهو الظاهر من المذهب وما عليه جمهور الاصحاب أن التكافؤ بالتجانس، فيسابق بين

فرسين أو بغلين أو حمارين أو بعيرين ليعلم بعد التجانس أيهما السابق، ولا يجوز أن يسابق بين فرس وبغل، ولا بين حمار وبعير، لان تفاضل الاجناس معلوم، وأنه لا يجرى البغل في شوط الفرس كما قال الشاعر في البيت الذى ساقه المصنف والمذرع وهو الذى أمه أشرف من أبيه كما يقول الفرزدق: إذا باهلي عنده حنظليه * له ولد منها فذاك المذرع وإنما سمى البغل مذرعا بالعلامتين المستديرتين السوداوين في ذراعيه الاماميتين ورثهما من الحمار، والمحاضير السريعة العدو واحدها محضار، والعتيق عربي الابوين، والهجين عربي الاب أعجمى الام، والبختي إبل بطيئة العدو، والنجيب الحسن الخلق السريع وانجبته استخلصته، ولكن يجوز السبق بين عتاق الخيل." (١)

-٢١١

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٤٣/١٥

"وقال الشافعي رضى الله عنه، ولو قال له: ارم عشرة أرشاق، فإن كان صوابك أكثر فلك كذا لم يجز أن يناضل نفسه.

وقد اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة على وجهين.

(أحدهما)

أن المزني حذف منها ما قد ذكره الشافعي في كتاب الام فقال فيه، ولو قال له: ناضل نفسك وارم عشرة أرشاق، فإن كان صوابك أكثر من خطئك فلك كذا لم يجز أن يناضل نفسه، فحذف المزني قوله: ناضل نفسك.

وأورد باقي كلامه وحكمه على هذه الصورة باطل باتفاق أصحابنا واختلفوا في تعليله فقال أبو إسحاق، وهو الظاهر من تعليل الشافعي: انه جعله مناضلا لنفسه، والنضال لا يكون الا بين اثنين فأكثر فاستحال نضال نفسه فبطل.

وقال آخرون: بل علة بطلانه أنه ناضل على خطئه لصوابه بقوله: ان كان صوابك أكثر من خطئك والخطأ لا يناضل عليه ولا به والوجه الثاني: ان المسألة مصورة على ما أورده المزني ههنا ولم يذكر فيه نضال نفسه وقال له: ارم عشرة أرشاق، فعلى هذا يكون في صحته وجهان من اختلاف العلتين:

(أحدهما)

انه صحيح ويستحق ما جعل له التعليل الاول، لانه بذل مال على عمل لم يناضل فيه نفسه.

والوجه الثاني: أنه باطل للتعليل الثاني أنه مناضل على خطئه وصوابه ويتفرع على هاتين المسألتين ثالثة، واختلف فيها أصحابنا بأيها تلحق؟ على وجهين، وهو أن يقول: ناضل وارم عشرة أرشاق، فان كان صوابك أكثر فلك كذا فيوافق المسألة الاولى في قوله ناضل، وتوافق المسألة الثانية في حذف قوله: ناضل نفسك، وأحد الوجهين وهو قول أبى اسحاق المروزى أنها في حكم المسألة الاولى في البطلان لاجل قوله: ناضل، والنضال لا يكون الا بين اثنين فصار كقوله: ناضل نفسك، والوجه الثاني أنها في حكم المسألة الثانية في حمل صحتها على وجهين من اختلاف العلتين إذا سقط قوله: نفسك، صار قوله ناضل، يعنى ارم على نضال،

والنضال المال، فصار كالابتداء بقوله: ارم عشرة أرشاق.

والله أعلم." (١)

-٢١٢

"فان شرطا إصابة تسعة من العشرة ففيه وجهان

(أحدهما)

يجوز لبقاء سهم الخطأ والوجه الثاني: لا يجوز لان اصابتها نادرة.

فأما أقل ما يشترط في الاصابة فهو ما يحصل فيه القاصر.

وهو ما زاد على الواحد.

وقد نص الشافعي رضي الله عنه على بطلان اشتراط إصابة تسعة من عشرة.

**واختلف أصحابنا** في تأويل هذا على وجهين

(أحدهما)

تأويلها أن يشترطا إصابة تسعة من عشرة فيبطل على ما ذكرناه من أحد الوجهين

(والثانى)

تأويلها أن يشترطا أن يكون الرشق عشرة والاصابة محتسبة من تسعة دون العاشر فيبطل وجها واحدا لاستحقاق الاصابة من جميع الرشق به، فان أغفلا عدد الاصابة وعقداه على أن يكون الناضل منهما أكثرهما إصابة ففيه وجهان

(أحدهما)

من التعليلين في اشتراط فعله في سباق الخيل إذا عقداه إلى غير غاية ليكون السابق

من تقدم في أي غاية كانت، وهو باطل في الخيل لعلتين (إحداهما) ان من الخيل من يقوى جريه في ابتدائه ويضعف في انتهائه، ومنها ما هو بضده، فعلى هذا يكون النضال على كثرة الاصابة باطلا، لان من الرماة من تكثر إصابته في الابتداء وتقل في الانتهاء ومنهم من هو بضده.

والتعليل الثاني: ان اجراء الخيل إلى غير غاية مفض إلى انقطاعها، فعلى هذا يجوز النضال على كثرة الاصابة لانه مفض إلى انقطاع الرماة.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٥/١٦٠

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

ولا يجوز الا ان يكون مدى الغرض معلوما، لان الاصابة تختلف بالقرب والبعد، فوجب العلم به، فان كان في الموضع غرض معلوم المدى فاطلق العقد جاز وحمل عليه، كما يجوز ان يطلق الثمن في البيع في موضع فيه نقد واحد وان لم يكن فيه غرض معلوم المدى لم يجز العقد حتى يبين، فان أطلق العقد بطل كما يبطل البيع بثمن مطلق في موضع لا نقد فيه، ويجوز ان يكون مدى الغرض قدرا يصيب مثلهما في مثله في العادة، ولا يجوز ان يكون قدرا لا يصيب مثلهما في مثله، وفيما يصيب مثلهما في مثله نادرا وجهان:

(أحدهما)

يجوز لانه قد يصيب مثلهما في مثله، فإذا عقدا عليه بعثهما العقد." (١)

-٢١٣

"أحدها: موضعه من الهدف في ارتفاعه وانخفاضه لان الاصابة في المنخفض أكثر منها في المرتفع.

والثانى: قدر الغرض في ضيقه وسعته، لان الاصابة في الواسع أكثر منها في الضيق، وأوسع الاغراض في عرف الرماة ذراع وأقله أربع أصابع.

والثالث قدر الدارة من الغرض إن شرطت الاصابة فيها.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

ويجب أن يكون موضع الاصابة معلوما، وأن الرمى إلى الهدف وهو التراب الذى يجمع أو الحائط الذى يبنى أو إلى الغرض، وهو الذى ينصب في الهدف، أو الشن الذى في الغرض، أو الدارة التى في الشن أو الخاتم الذى في الدارة، لان الغرض يختلف باختلافها، فإن أطلق العقد حمل على الغرض، لان العرف في الرمى إصابه الغرض فحمل العقد عليه، ويجب أن تكون صفة الرمى معلومه من القرع وهو إصابه الغرض أو الخزق وهو أن يثقب الشن أو الخسق وهو الذى يثقبه، ويثبت فيه، أو المرق وهو الذى ينفذ منه، أو الخرم وهو أن

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٦٦/١٥

يقطع طرف الشن ويكون بعض السهم في الشن وبعضه خارجا منه، لان الحذق لا يبين إلا بذلك، فإن أطلق العقد حمل على القرع، لانه هو المتعارف فحمل مطلق العقد عليه، فإن شرط قرع عشرة من عشرين وأن يحسب خاسق كل واحد منهما بقارعين جاز لانهما يتساويان فيه، وإن أصاب أحدهما تسعه قرعا وأصاب الاخر قارعين وأربعة خواسق فقد نضله لانه استكمل العشرة بالخواسق.

(فصل)

**واختلف أصحابنا** في بيان حكم الاصابة أنه مبادرة أو محاطه أو حوابى، فمنهم من قال: يجب بيانه، فإن أطلق العقد لم يصح، لان حكمهما يختلف

وأغراض الناس فيها لا تتفق فوجب بيانه، ومنهم من قال: يصح ويحمل على المبادرة لان المتعارف في الرمى هو المبادرة، واختلفوا في بيان من يبتدئ بالرمي، فمنهم من قال: يجب فإن أطلق العقد بطل، وهو المنصوص، لان ذلك موضوع على نشاط القلب وقوة النفس، ومتى قدم أحدهما انكسر قلب الاخر." (١)

-٢١٤

"ثم يرمى البادئ منهما سهما آخر يستكمل به العشرين فيصيب فيصير به ناضلا، ويمنع الاخر من رمى السهم الاخر الذى رماه الثاني لانه لا يستفيد به نضالا ولا مساواة، لان الثاني له من العشرين سهم واحد وعليه إصابتان.

ولو رمى فأصابه بقيت عليه إصابة يكون بها منضولا فلم يكن لرميه معنى يستحقه بالعقد.

فلذلك منع منه.

ولو كان كل واحد منهما قد أصاب تسعة من تسعة عشر ثم رمى المبادى وأصاب كان للمبدأ أن يرمى بجواز أن يصيب فيكافئ فأما المزني فظن أن الشافعي منع المبدأ أن يرمى بالسهم الباقي في هذه المسألة فتكلم عليه وليس كما ظن بل أراد منعه في المسألة المتقدمة للتعليل المذكور.

(فرع)

قال الشافعي رضى الله عنه: وإن اشترطا محاطة فكل ما أصاب أحدهما واصاب الاخر مثله أسقطا العددين ولا شئ لواحد منهما ويستأنفان.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٦٩/١٥

وإن أصاب أقل من صاحبه حط مثله حتى يخلص له ذلك العدد الذى شرطه فينضله به.

قد ذكرنا أن النضال على ضربين محاطة ومبادرة.

فبدأ الشافعي رضى الله عنه بذكر المحاطة في الام وإن جعلها المصنف هنا بعد المبادرة، لان الغالب من النضال في زمانه كان محاطة والغالب في بلد الشيخ أبي إسحاق كان المبادرة، وقد قيل إن الشافعي كان راميا يصيب من العشرة ثمانية في الغالب، وهى عادة حذاق الرماة فإذا عقدا سبق النضال على اصابة خمسة من عشرين محاطة ورماية وجب أن يحط أقل الاصابتين من أكثرهما وينظر في الباقي بعد الحط، فإن كان خمسة فهو القدر المشروط فيصير صاحبه به ناضلا.

وان كان الباقي أقل من خمسة لم ينضل، وان كان أكثر اصابة لنقصانه من العدد المشروط، وإذا كان كذلك لم يخل حالهما بعد الرمى من أحد أمرين: اما أن يتساويا في الاصابة أو يتفاضلا،

فان تساويا في الاصابة فأصاب كل واحد منهما عشرا عشرا أو خمسا خمسا قال الشافعي فلا شئ لواحد منهما ويستأنفان.

**فاختلف أصحابنا** في قوله: ويستأنفان على وجهين حكاهما أبو علي بن أبي هريرة أحدهما يستأنفان الرمى بالعقد الاول، لان عقد المحاطة ما أوجب حط الاقل." (١)

-٢١٥

"من أن تكون في حكم المغصوب فيجب انتزاعها قبل الحول وبعده من مال الغنى

والفقير، أو في حكم الودائع فلا يجوز أن يتملكها فقير ولا أن يتصدق بها غنى أو في حكم الكسب فيجوز أن يتملكها الغنى والفقير.

ومذهب أبي حنيفة مخالف لاصول هذه الاحكام الثلاثه فكان فاسدا: ثم يقال لابي حنيفة الثواب إنما يستحق على المقاصد بالاعمال لا على أعيان الافعال لان صورها في الطاعه والمعصية على سواء كالمرائي بصلاته، ثم لا يصح أن يكون ثواب العمل موقوفا على غير العامل في استحقاقه أو إحباطه فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم تصدق بها فمحمول على فرض صحة الرواية على أن الواجد سأله عن ذلك فأذن له فيه، وأما الزكاة فلا معنى للجمع بينها وبين اللقطه، لان الزكاة تملك غير مضمون ببدل، واللقطه تؤخذ مضمونه ببدل فكان الغنى أحق بتملكها، لانه أوفى ذمة، وأما ما ذكروه من المضطر فقد جعلناه أصلا.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٧٩/١٥

(مسألة) قال الشافعي رضى الله عنه ولا أحب لاحد ترك اللقطة إذا وجدها وكان أمينا عليها، وظاهر قوله يقتضى استحباب أخذها دون إيجابه، وقال أيضا ولا يجوز لاحد ترك اللقطه إذا وجدها، فكان ظاهر هذا القول يدل على إيجاب أخذها، **فاختلف أصحابنا** لاختلاف هذين الظاهرين، فكان أبو الحسن بن القطان وطائفة يخرجون ذلك على اختلاف قولين

(أحدهما)

أن أخذها استحباب وليس بواجب على ظاهر ما نص عليه في هذا الموضع لانه غير مؤتمن عليها ولا مستودع لها.

(والقول الثاني) أن أخذها واجب وتركها مأثم، لانه لما وجب عليه حراسة نفس أخيه المسلم وجب عليه حراسة مال أخيه المسلم وقال جمهور أصحابنا، ليس ذلك على قولين، انما هو على اختلاف حالين، فالموضع الذى لا يأخذها إذا كانت يؤمن عليها و يأخذها غيره ممن يؤدى الامانه

فيها، والموضع الذى أوجب عليه أخذها إذا كانت في موضع لا يؤمن عليها و يأخذها غيره ممن لا يؤدى الامانة فيها، لما في ذلك من التعاون، وعلى كلتا." (١)

-٢١٦

"المشقة عليه في استدامة امساكها، فكان اباحة التمليك لها بعد التعريف أحث على أخذها وأحفظ لها على مالكها لثبوت غرمها في ذمته، فلا تكون معرضة للتلف، وليكون ارتفاق الواجد بمنفعتها في مقابلة ما عاناه في حفظها وتعريفها وهذه كلها معان استوى فيها الغنى والفقير، ثم مذهب الشافعي لا فرق بين المسلم والذمى في أخذها للتعريف، وتملكها بعد الحول، لانها كسب يستوى فيه المسلم والذمى.

فإذا ثبت جواز تملكها بعد الحول لكل واجد من غنى أو فقير فقد **اختلف أصحابنا** بماذا يصير مالكا؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يصير مالكا لها بمضي الحول وحده إلا أن يختار أن تكون أمانة فلا تدخل في ملكه. وهذا قول أبي حفص بن الوكيل لانه كسب على غير بدل فأشبه الركاز والاصطياد والوجه الثاني: أنه يملكها بعد مضى الحول باختيار التملك، فإن لم يختر التملك لم يملك.

وهذا قول أبي إسحاق المروزى، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال (فان جاء صاحبها وإلا فشأنك بها) فرد أمرها إلى اختياره، ولانه أبيح له التملك بعد الحول بعد أن كان مؤتمنا.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٦٥/١٥

فاقتضى أن لا ينتقل عما كان عليه الا باختيار ما أبيح له والوجه الثالث: أنه لا يملكها بعد مضى الحول الا بالاختيار والتصرف،

وهو ما لم يتصرف غير مالك، لان التصرف منه كالقبض فأشبه الهبة.

فإذا صار مالكها بما ذكرنا فقد ضمنها لصاحبها فمن جاء طالبا لها رجع بها ان كانت باقية، وليس للمتملك أن يعدل به مع بقائها إلى بدلها، فإن كانت ذا مثل رجع بمثلها، وان كانت غير ذى مثل رجع لقيمتها حين تملكها، لانه إذ ذاك صار ضامنا لها.

فإن اختلفا في القيمة فالقول قول متملكها لانه غارم، فلو كانت عند مجئ صاحبها باقية لكن حدث منها نماء منفصل رجع بالاصل دون النماء لحدوث النماء بعد ملك الواجد فلو عرف الواجد صاحبها وجب عليه اعلامه بها.

ثم ينظر فإن كان ذلك قبل أن يملكها الواجد فمؤنة ردها على صاحبها دون الواجد كالوديعة، وفى هذه." (١) -٢١٧

"والوجه الثاني: يرتفع ملكه عنها مع بقاء ضمانها وذلك أحوط لمالكها، ووجه ذلك أنه لما جاز أن يتملكها من غير بذل مالكها جاز أن يزول ملكه عنها من غير قبول متملكها، فعلى هذا يكون الحادث من درها ونسلها ملك لربها تبعا لاصلها وعليه ضمانها كالاصل.

والحال الرابعة: أن يريد بيعها فلا يخلو ذلك من أحد أمرين: إما أن يبيعها قبل أن يملكها فذلك له ويكون ضامنا بقيمتها دون ثمنها.

وفى هذه الحال تفصيل مضى للمصنف في فصل مضى.

قال المزني فيما وصفه بخطه: إذا وجد الشاة أو البعير أو الدابة ما كانت في المصر أو في قرية فهى لقطة يعرفها سنة.

قد مضى حكم ضوال الابل والغنم إذا وجدها في الصحراء، فأما إذا وجدها في البلد أو المصر فالذي حكاه المزني فيما وجده بخط الشافعي أنها لقطة له أخذها وعليه تعريفها حولا وحكى عن الشافعي في الام أنها في المصر والصحراء سواء، يأكل الغنم ولا ولا يعرض للابل، **فاختلف أصحابنا** فمنهم من خرج ذلك على قولين (أحدهما)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٦٧/١٥

أن المصر كالبادية يأكل الغنم ولا يعرض للابل، وهى المحكى في الام لعموم قوله صلى الله عليه وسلم (ضالة المؤن حرق النار) أخرجه أحمد وابن ماجه وابن حبان والطبراني والطحاوى من حديث عبد الله بن الشخير والقول الثاني: أنها لقطة يأخذها الغنم والابل جميعا، ويعرفها كسائر اللقطة حولا كاملا، وهو الذى حكاه المزني عنه فيما لم يسمع منه، لان قوله صلى الله عليه وسلم في ضوال الابل: معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر يختص بالبادية التى يكون فيها الماء والشجر دون المصر، وهى تمنع صغار السباع عن أنفسها في البادية، ولا يقدر على منع الناس في المصر، والشاة تؤكل في البادية لان الذئب يأكلها وهو لا يأكلها في المصر، فاختلف معناهما في البادية

والمصر فاختلف حكمهما.

ومن أصحابنا من يحمل جواز أحدهما على تسليمها إلى الامام وحمل المنع من أخذها على سبيل التملك.

هذا وبقية ما جاء في الفصل على وجهه.

والله أعلم.." (١)

-٢١٨

"قال في موضع: يألكه الواجد، وقال في موضع آخر: أحببت أن يبيعه، **فاختلف أصحابنا** فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وطائفة من أصحابنا يخرجون على قولين.

(أحدهما)

لواجده أكله كالشاة التى لما تعذر استبقاؤها أبيح لواجدها أكلها (والقول الثاني) ليس لواجده أكله بخلاف الشاة لا يجب تعريفها فأبيح له

أكلها، والطعام وان كان رطبا يجب تعريفه فلم يستبح واجده أكله.

وحكى أبو على بن أبي هريرة أن ذلك على اختلاف حالين ان كان الحاكم موجودا يقدر على بيعه لم يكن لواجده أكله، وان كان معدوما جاز أكله.

وكان أبو القاسم الصيمري يقول: اختلاف حاليه في إباحة أكله معتبر بحال واجده، فإن كان فقيرا محتاجا استباح أكله، وان كان غنيا لم يستبحه، فإن قلنا بجواز أكله فاكله صار ضامنا لقيمته وعليه تعريف الطعام

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٧٧/١٥

حولا، وهل يلزمه عزل قيمته من ماله عند أكله أم لا؟ على قولين.

(أحدهما)

يلزمه عزل القيمة لئلا يصير متملك اللقطة.

(والقول الثاني) لا يجب عليه عزلها لانه لو عزلها فهلكت كانت من ماله، فكانت ذمته أحظ لها، ولم يكن عزلها مفيدا، ومن قال بالاول جعل فائدة عزلها أنه لو أفلس بعد عزل قيمتها ثم حضر المالك كان أولى بالمعزول من قيمتها من جميع الغرماء، وزعم أن تلفها من يده بعد وجوب عزلها لا يوجب عليه غرمها فصار في ضمانه للثمن أن تلف بعد وجوب عزله وجهين.

أحدهما – وهو قول ابن أبي هريرة انه يكون مضمونا عليه.

والثانى وهو الاشبه: أنه لا ضمان عليه لان الثمن مع وجوب عزله يقوم مقام الاصل مع بقائه.

وإذا قلنا: لا يجوز له أكله فعليه ان يأتي الحاكم حتى يأذن له في بيبعه، ولا يجوز أن يتولى بنفسه مع القدرة على استئذان الحاكم بخلاف الشاة إذا وجدها وأراد بيعها لان يده على الشاة اقوى لما استحقه عاجلا من أكلها ويده على الطعام أضعف لما وجب عليه من تعريفه، فان أعوزه اذن الحاكم جاز بيعه فلو باعه باذن الحاكم كان الثمن في يده امانة، وعليه تعريف الطعام حولا،." (١)

-٢١٩

"(فصل)

**واختلف أصحابنا** في الدراهم والدنانير، فمن أجاز إجارتها أجاز وقفها، ومن لم يجز إجارتها لم يجز وقفها، واختلفوا في الكلب فمنهم من قال

لا يجوز وقفه لان الوقف تمليك والكلب لا يملك.

ومنهم من قال يجوز الوقف لان القصد من الوقف المنفعة وفى الكلب منفعة فجاز وقفه، واختلفوا في أم الولد فمنهم من قال يجوز وقفها لانه ينتفع بها على الدوام فهى كالامة القنة، ومنهم من قال لا يجوز لانها لا تملك

(فصل)

ولا يصح الوقف إلا في عين معينة، فإن وقف عبدا غير معين أو فرسا غير معين فالوقف باطل لانه إزالة ملك

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٨٢/١٥

على وجه القربة فلم يصح في عين في الذمة كالعتق والصدقة.

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البخاري ومسلم وأحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه بلفظ (أن عمر أصاب أرضا من أرض خيبر فقال: يا رسول الله أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمرني؟ فقال: إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها، فتصدق بها عمر على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث في الفقراء وذوى القربى والرقاب والضيف وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول) وفى لفظ (غير متأثل مالا) وفى حديث عمرو بن دينار عند البخاري قال في صدقة عمر (ليس على الولى جناح أن يأكل صديقا له غير متأثل) قال (وكان ابن عمر هو يلى صدقة عمر ويهدى لناس من أهل مكة كان ينزل عليهم) وللحديث روايات للبيهقي والطحاوى والدارقطني.

وروى النسائي وابن ماجه والشافعي عن ابن عمر، وهو متفق عليه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، قال عمر للنبى صلى الله عليه وسلم (إن المائة سهم التى لى بخيبر لم أصب مالا قط أعجب إلى منها، وقد أردت أن أتصدق بها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: احبس أصلها وسبل ثمرتها)." (١)

-٢٢٠

"الوقف حبس العين وتسبيل المنفعة، وذلك لا يوجب زوال الملك.

والصحيح هو الاول، لانه سبب يزيل ملكه عن التصرف في العين والمنفعة فازال الملك كالعتق.

واختلف أصحابنا فيمن ينتقل الملك إليه، فمنهم من قال: ينتقل إلى الله تعالى قولا واحدا، لانه حبس عين وتسبيل منفعة على وجه القربة فأزال الملك إلى الله تعالى كالعتق ومنهم من قال فيه قولان

(أحدهما)

أنه ينتقل إلى الله تعالى وهو الصحيح لما ذكرنا

(والثانى)

أنه ينتقل إلى الموقوف عليه لان ما أزال المالك عن العين لم يزل المالية تنقل إلى الآدمى كالصدقة

(فصل)

ويملك الموقوف عليه غلة الوقف، فإن كان الموقوف شجرة ملك ثمرتها وتجب عليه زكاتها، لانه يملكها ملكا تاما فوجب زكاتها عليه، فإن

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٢١/١٥

كان حيوانا ملك صوفه ولبنه، لان ذلك من غلة الوقف وفوائده فهو كالثمرة، وهل يملك ما تلده؟ فيه وجهان

(أحدهما)

يملكه لانه نماء الوقف فأشبه الثمرة وكسب العبد

(والثانى)

أنه موقوف كالام لان كل حكم ثبت للام يتبعها فيه الولد كحرمة الاستيلاد في أم الولد، وإن كان جارية ملك مهرها لانه بدل منفعتها ولا يملك وطأها، لان في أحد القولين لا يملكها، وفى الثاني يملكها ملكا ضعيفا فلم يملك به الوطئ، فإن وطئها لم يلزمه الحد لانه في أحد القولين يملكها، وفى الثاني له شبهة ملك.

وفى تزويجها وجهان

(أحدهما)

لا يجوز، لانه ينقص قيمتها وربما تلفت من الولادة فيدخل الضرر على من بعده من أهل الوقف

(والثانى)

يجوز لانه عقد على منفعتها فأشبه الاجارة.

فإن قلنا إنها للموقوف عليه كان تزويجها إليه، وإن قلنا إنها تنتقل إلى الله تعالى كان تزويجها إلى الحاكم كالحرة التى لا ولى لها ولا يزوجها الحاكم إلا بإذن الموقوف عليه، لان له حقا في منافعها فلم يملك التصرف فيها وبغير اذنه، فإن أتت ولد مملوك كان الحكم فيه كالحكم فيما تلد البهيمة

(فصل)

وان أتلفه الواقف أو أجنبي فقد **اختلف أصحابنا** فيه على طريقين فمنهم من قال يبنى على القولين، فإن قلنا انه للموقوف عليه وجبت القيمة له لانه." (١)

-٢٢١

"الدارقطني والبيهقي من حديث أبي أمامة بلفظ (أن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعل لكم زكاة في أموالكم) وفى اسناده اسماعيل ابن عياش وشيخه عتبه بن حميد.

ولان الانصاري أعتق ستة مملوكين له لا مال له غيرهم فجزأهم النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أجزاء على ما مضى ذكره، ولان مال من لا وارث له يصير إلى بيت المال إرثا لامرين.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٤١/١٥

أحدهما: أنه يخلف الورثة في الاستحقاق لماله.

والثانى: أنه يعقل عنه كورثته، فلما ردت الوصية إلى الثلث مع الوارث ردت إلى الثلث مع بيت المال لانه وارث، وقد يتحرر منه قياسان

(أحدهما)

أن كل جهة استحقت التركة بالوفاة منعت من الوصية بالجميع كالورثه

(والثانى)

أن ما منع من الوصايا مع الورثة منع منها مع بيت المال كالديون.

فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم: لان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة فهو أنه لم يجعل ذلك تعليلا لرد الزيادة على الثلث، ولو كان ذلك تعليلا لجازت الزيادة على الثلث مع غناهم إذا لم يصيروا عالة يتكففون الناس، وإنما قاله صلة في الكلام وتنبيها على الخط.

وأما قول ابن مسعود يضع ماله حيث يشاء، فماله الثلث وحده، وله وضعه حيث شاء، وأما الصدقة فهى كالوصية إن كانت في الصحة أمضيت مع وجود الوارث وعدمه، وإن كانت في المرض ردت إلى الثلث مع وجود الوارث وعدمه والله تعالى أعلم بالصواب.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

**واختلف أصحابنا** في الوقت الذى يعتبر فيه قدر المال لاخراج الثلث، فمنهم من قال الاعتبار بقدر المال في حال الوصية لانه عقد يقتضى اعتبار قدر المال، فكان الاعتبار فيه بحال العقد، كما لو نذر أن يتصدق بثلث ماله، فعلى هذا لو أوصى وثلث ماله ألف فصار عند الوفاة ألفين لم تلزم الوصية في الزيادة، فان وصى بألف ولا مال له ثم استفاد مالا لم تتعلف به الوصية وان." (١)

-٢٢٢

"وصى وله مال فهلك ماله بطلت الوصية، ومنهم من قال: الاعتبار بقدر المال عند الموت وهو المذهب، لانه وقت لزوم الوصية واستحقاقها، ولانه لو وصى بثلث ماله ثم باع جميعه تعلقت الوصية بالثمن، فلو كان

(١) المجموع شرح المهذب ٤١٢/١٥

الاعتبار بحال الوصية لم تتعلق بالثمن، لانه لم يكن حال الوصية فعلى هذا لو وصى بثلث ماله وماله ألف فصار ألفين لزمت الوصية في ثلث الالفين، فإن وصى بمال ولا مال له ثم استفاد مالا تعلقت به الوصية، فان وصى بثلثه وله مال ثم تلف ماله تبطل الوصية.

(الشرح) الاحكام: تجوز الوصية بثلث ماله وإن لم يعلم قدره، **واختلف أصحابنا** هل يراعى بثلث ماله وقت الوصية أو عند الوفاة على وجهين

(أحدهما)

وهو قول مالك وأكثر البغداديين أنه يراعى ثلثه وقت الوصية، ولا يدخل فيها ما حدث بعده من زيادة لانها عقد، والعقود لا يعتبر فيها ما بعدها.

(والوجه الثاني) وهو قول أبي حنيفة وأكثر البصيريين أنه يراعى ثلث ماله

وقت الموت ويدخل فيه ما حدث قبله من زيادة، لان الوصايا تملك بالموت، فاعتبر بها وقت ملكها، فعلى هذين الوجهين إن وصى بثلث ماله ولا مال له ثم أفاد مالا فعلى الوجه الاول تكون الوصية باطلة اعتبارا بحال الوصية، وعلى الوجه الثاني تكون الوصية جائزة اعتبارا بحال الموت.

وعلى هذا لو وصى بفرس من خيله وهو لا يملك فرسا ولا خيلا ثم ملك قبل الموت خيولا صحت الوصيه ان اعتبر بها حال الموت، وبطلت ان اعتبر بها حال القول، وعلى هذا القول لو وصى بثلث ماله وله مال فهلك ماله وافاد غيره صحت الوصيه في المال المستفاد إن اعتبر بها حال الموت، وبطلت ان اعتبر بها حال الوصيه.

قال المصنف رحمه الله.

(فصل)

وأما الوصية بما لا قربة فيه كالوصيه للكنيسة والوصيه بالسلاح لاهل الحرب فهى باطله لان الوصيه إنما جعلت له ليدرك بها ما فات ويزيد بها الحسنات ولهذا روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ان الله تعالى أعطاكم ثلث." (١)

-٢٢٣

(١) المجموع شرح المهذب ٤١٣/١٥

"قبول الموصى له ورده، وحقه في القبول باق ما لم يعلم، فإذا علم فان كان عند انفاذ الوصايا وقسمة التركة فقبوله على الفور، فان قبل والا بطل حقه في الوصية، فاما بعد علمه وقبل انفاذا الوصايا وقسمة التركة، فمذهب الشافعي وقول جمهور أصحابه أن القول فيه على التراخي لاعلى الفور فيكون ممتدا ما لم يصرح بالرد حتى تنفذ الوصايا وتقسم التركة، وحكى أبو القاسم بن كج عن بعض أصحابنا ان القبول بعد علمه على الفور لانها عطيه كالهبات، وحكى ابن عبد الحكم عن الشافعي قولا ثالثا ان الوصية تدخل في ملك الموصى له بغير قبول ولا اختيار كالميراث، **فاختلف أصحابنا** في تخرجه قولا ثالثا للشافعي فخرجه أبو على بن أبي هريرة وأكثر متأخرى المتقدمين من أصحابنا قولا ثالثا تعليلا بالميراث، وامتنع أبو اسحاق المروزى واكثر قدامى المتقدمين من أصحابنا من تخريجه قولا ثالثا، وتأولوا رواية ابن عبد الحكم بأحد تأويلين، إما حكاية عن مذهب غيره، وإما على معنى أن بالقبول يعلم دخولها بالموت في ملكه، وفى طبيعة الوصية والفرق بينها وبين الميراث بأن الميراث عطية من الله تعالى فلم يراع فيه القبول، والوصية عطية من آدمى فروعي فيها القبول (فرع)

قال الشافعي: ولو مات قبل أن يقبل أو بعد موته، فإن مات الموصى له في حياة الموصى فالذي عليه جمهور الفقهاء أن الوصية له قد بطلت وليس لوارثه قبولها بعد موت الموصى.

وحكى عن الحسن البصري أن الوصية لا تبطل بموته، ولورثته قبولها.

قال الماوردى: وهذا فاسد من وجهين، أن الوصية في غير حياة الموصى غير لازمة، وما ليس بلازم من العقود يبطل بالموت، ولان الوصية له لا لورثته، وهو لا يملك الوصيه في حياة الموصى.

وإن مات الموصى له بعد موت الموصى لم يخل حال الموصى له قبل موته من ثلاثة أحوال، أحدها: أن يكون قد قبلها قبل موته وبعد موت الموصى فقد

بطلت برده وليس لوارثه قبولها بعد موته إجماعا.

والحال الثانية: أن يكون قد قبلها قبل موته وبعد موت الموصى فقد ملكها أو انتقلت بموته إلى وارثه، وسواء." (١)

-٢٢٤

(١) المجموع شرح المهذب ٤٣٤/١٥

"قبضها الموصى له في حياته أم لا، لان القبض ليس بشرط في تملك الوصيه، والحال الثالثة: أن يموت قبل قبوله ورده فعلى مذهب الشافعي يقوم وارثه مقامه في القبول والرد ولا تبطل الوصية بموته قبل القبول.

وقال أبو حنيفة: إذا مات قبل القبول بطلت الوصية له كالهبة، وهذا فاسد، لان ما استحقه في التركة لم يسقط بالموت كالدين، ولان كل سبب استحق به تملك عين بغير اختيار مالكها لم تبطل بموته قبل تملكها كالرد بالعيب، وفارقت الوصية الهبة من حيث إن الهبة قبل القبض غير لازمة فجاز أن تبطل بموت الموصى له قبل القبول لازمة فلم تبطل بالموت، فإذا ثبت أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له قبل الرد والقبول فورثته يقومون مقامه في القبو والرد، ولهم ثلاثة أحوال، حال يقبل جميعهم الوصية، وحال يرد جميعهم الوصية، وحال يقبلها بعضهم ويردها بعضهم، فإن قبلوها جميعا فعلى القول الذى يجعل القبول دالا على عدم الملك بالموت، فالمالك للوصية بقبول الورثة هو الموصى له لا الورثة.

فأما على القول الذى يجعل القبلو ملكا، فقد اختلف أصحابنا هل تدخل الوصيه في ملك الموصى له بقبول ورثته أم لا، على وجهين.

(أحدهما)

وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وأبي المرووذى: أن الوصيه يملكها الورثة دون الموصى له لحدوث الملك بقبولهم.

(والوجه الثاني) وهو الظاهر من المذهب، وبه قال أكثر البصريين وحكاه أبو القاسم بن كج عن شيوخه أن الوصيه يملكها الموصى له بقبول ورثته، وان كان القبول مملكا، لانها لو لم تدخل في ملكه لبطلت، لان الورثة غير موصى

لهم، فلم يجز أن يملك الوصيه من لم يوصى له، ولو رد الورثة بأجمعهم الوصية بطلت بردهم لها، والله أعلم وهو الموفق للصواب.." (١)

-٢٢٥

"مخالف لرأى الآخر، فإذا اجتمعا وتشاورا أمكن اتفاقهما على حكم يؤخذ في الوصية به.

ويا حبذا لو تفقه أطباء المسلمين في أحكام الدين المتصلة بعلمهم ومهنتهم إذن لكانت منهم أمه هاديه ناصحه راشدة.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٣٥/١٥

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

وإن كان في الحرب وقد التحمت طائفتان متكافئتان، أو كان في

البحر وتموج، أو في كفار يرون قتل الاسارى، أو قدم للقتل في المحاربة، أو الرجم في الزنا، ففيه قولان.

(أحدهما)

أنه كالمرض المخوف يعتبر تبرعاته فيه من الثلث، لانه لا يأمن الموت كما لا يأمن في المرض المخوف

(والثانى)

أنه كالصحيح لانه لم يحدث في جسمه ما يخاف منه الموت فإن قدم لقتل القصاص فالمنصوص إنه لا تعتبر عطيته من الثلث ما لم يجرح.

**واختلف أصحابنا** فيه على طريقين، فقال أبو إسحاق: هي على قولين قياسا على الاسير في يد كفار يرون قتل الاسارى، ومن أصحابنا من قال: لا تعتبر عطيته من الثلث لانه غير مخوف لان الغالب من حال المسلم أنه إذا قدر رحم وعفا، فصار كالاسير في يد من لا يرى قتل الاسارى.

(الشرح) الاحكام: يحصل التخويف يغير ما ذكرناه في مواضع خمسة تقوم مقام المرض.

١ - إذا التحم الجيشان واختلط الفريقان في القتال وكانت كل فرقة متكافئة للاخرى أو مقهورة أمامها، فأما الفئة الغالبة منهما فليست حائفة بعد ظهورها، وكذلك إذا لم يلتحما بل كانت كل منهما متميزة، سواء كان بينهما تبادل بالرماية أو لم يكن فليست هذه بحالة خوف، ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين في الدين أو مفترقتين فعن الشافعي رضى الله عنه قولان.

أحدهما: هذا، وبه قال مالك والاوزاعي والثوري، وأحمد، ونحوه عن مكحول، والثانى: ليس بخوف.

ليس بمريض.." (١)

-٢٢٦

(١) المجموع شرح المهذب ٤٤٤/١٥

"عنى من ثلثى، فهذا إما أن يذكر قدرا فلا يزاد عليه إن وجد ويستأجر من يؤديه من بلده أو من الميقات فان لم يوجد من يحج بها من ميقاته وجب إتمامها من رأس المال لا من ثلثه لان القدر الذى حدده من الثلث لا يزاد عليه منه وإنما تؤخذ الزيادة من رأس المال، وإما أن لا يذكر القدر فيخرج من ثلثه قدر أجرة المثل ثم فيها وجهان أحدهما وهو قول أبي اسحق المروزى: الظاهر من كلام الشافعي أجرة المثل من بلد الموصى لان الوصية في الثلث تقتضى الكمال.

والوجه الثاني: أجرة مثل الميقات كما لو جعله من رأس المال وما زاد عليه تطوع لا يخرج إلا بالنص، فإن عجز الثلث عن جميع الاجرة تمم الجميع مثل أجرة الميقات من رأس المال.

فلو كان في الثلث مع الحج وصايا وعطايا ففى تقديم الحج على الوصايا وجهان حكاهما أبو إسحق المروزى. أحدهما، يقدم الحج على جميع الوصايا في الثلث لانه مصروف في فرض ثم يصرف ما فضل بعد الحج في أهل الوصايا، والوجه الثاني أنه يسقط الثلث على الحج والوصايا بالحصص لان الحج وإن وجب فله محل غير الثلث تساوى في الثلث أهل الوصايا ثم تمم أجرة المثل من رأس المال، وعلى هذين الوجهين لو كانت عليه ديون واجبة أوصى بقضائها من ثلثه أحدهما يتقدمون بها على أهل الوصايا.

والثانى: يحاصونهم ثم يستكملون ديونهم من رأس المال فهذا حكم القسم الثاني إذا جعله من ثلثه.

القسم الثالث: أن يطلق الوصية فلا يجعله من الثلث ولا من رأس المال فالذي نص عليه الشافعي في الجديد في مناسك الحج أنه يحج عنه من رأس المال، وقال في الوصايا: يحج عنه من ثلثه، **فاختلف أصحابنا** فكان أبو الطيب بن سلمة

وأبو حفص بن الوكيل يخرجان ذلك على قولين أحدهما: يكون من رأس المال كما لو لم يوص به لوجوبه كالديون، والقول الثاني: أن يكون من الثلث ليستفاد بالوصية ما لم يكن مستفادا بغيرها.

وقال أبو على بن خيران: ليس هذا على اختلاف قولين وإنما هو تبعيض الحكم على حالين فالذين جعله في الثلث هو أجرة." (١)

-٢٢٧

"**واختلف أصحابنا** إذا انتظر بالوصية قبض الدين ووصول الغئب هل يمكن الموصى له من ثلث المائة؟ على وجهين.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٥١/١٥

(أحدهما)

يمكن من التصرف فيها لانه ثلث ممضى.

(والوجه الثاني) يمنع من التصرف فيها لانه لا يجوز أن يتصرف الموصى له فيما لا يتصرف الورثة في مثليه، وقد منع الورثة من التصرف في ثلثى المائة الموقوف، فوجب أن يمنع الموصى له من التصرف في الثلث الممضى، والدليل على فساد ما ذهب إليه مالك أنه يؤول إلى أحد أمرين يمنع الوصية منهما، لانه إذا أجبر الورثة بين التزام الوصيه في ثلث كل التركة أو إمضاء الوصية في كل المائة فكل واحد من الامرين خارج عن حكم الوصية لانهم اختاروا منعه من كل المائه فقد ألزمهم ثلث كل التركة، وذلك غير موصى به.

وإن اختاروا أن لا يعطوا ثلث التركة فقط ألزمهم إمضاء الوصية بكل المائه فعلم فساد مذهبه بما يؤول إليه حال كل واحد من الخيارين، فإذا جعلتم تعيين الوصية بالمائة الحاضرية إدخال ضرر أو جنايه فالضرر قد رفعناه يوقف الثلثين على قبض الدين ووصول الغائب، فصار الضرر بذلك مرتفعا، وإذا زال الضرر ارتفت الجناية منه فبطل الخيار فيه.

فإذا تقرر ما وصفنا تفرع على ذلك أن يوصى بمائة دينار حاضرة وباقى تركته التى تخرج كل المائه من ثلثها دين أو غائب، فيخرج ثلث المائة ويوقف ثلثاها على قبض الدين ووصول الغائب، فإذا قبض ووصل منهما أو أحدهما ما يخرج كل المائة من ثلثه خرج جميعها.

وهل يمكن الورثة في حال وقف الثلثين على قبض الدين ووصول الغائب من استخدام فرس إن كان الموصى به فرسا أو سيارة إن كانت وصيه أو غير ذلك، فتركب ويتصرف في منفعتها أم لا، على وجهين.

(أحدهما)

يمكن ذلك لئلا يلزمهم إمضاء الوصيه بما لم ينتفعوا بثلثيه، وهذا على الوجه الذى يقول: إن الموصى له بالمائة إذا وقف ثلثها منع من التصرف في ثلثيها اعتبارا بالتسويه، فعلى هذا ان برئ الدين وتلف الغائب استقر ملكهم على ما وقف من ثلثيها وكان لهم التصرف في الثلثين أو بيع ثلثى الفرس أو السيارة." (١)

-٢٢٨

(١) المجموع شرح المهذب ٤٥٣/١٥

"على هذا الحساب، ولا يدخل فيهم، ولا يفضل ذو قرابة على غيره إلا بما وصفت في غيره من قدر مسكنته أو فقره، لان العطيه له صدقة وصلة، وما جمع ثوابين كان أفضل من التفرد بأحدهما، فان صرف الثلث في أقل من ثلاثة من الفقراء والمساكين ضمن، فان صرفه في إثنين كان في قدر ما يضمنه وجهان

(أحدهما)

وهو الذى نص عليه الشافعي في الام انه يضمن ثلث الثلث، لان أهل الاجزاء ثلاثة.

والظاهر تساويهم فيه والوجه الثاني: انه يضمن من الثلث قدر مالو دفعه إلى ثلاثة أجزأ، ولا ينحصر بالثلث لان له التسوية بينهم والتفضيل، ولو كان اقتصر على واحد فاحد الوجهين ان يضمن ثلثى الثلث.

والوجه الثاني انه يضمن ما يجزئه من دفعه اليهما فلو أوصى بثلث ماله للفقراء أو المساكين صرف الثلث في الصنفين بالسوية ودفع السدس إلى الفقراء وأقلهم ثلاثة، ودفع السدس الاخر إلى المساكين وأقلهم ثلاثة.

فان صرفه في أحد الصنفين ضمن السدس للصنف الاخر وجها واحدا، ثم عليه صرف الثلث في فقراء البلد الذى فيه المال دون المالك كالزكاة، فان تفرق ماله اخرج في كل بلد ثلث ما فيه، فان لم يوجدوا فيه نقل إلى أقرب البلاد به كما سلف القول في زكاة المال من المجموع فأما زكاة الفطر ففيها وجهان:

(أحدهما)

تخرج في بلد المال دون المالك كزكاة المال

(والثانى)

تخرج في بلد المالك دون المال لانها عن فطرد بدنه وطهرة لصومه فان نقل الزكاة من بلد المال إلى غيره كان في الاجزاء قولان فاما نقل الوصية فقد اختلف أصحابنا في اخراجه على قولين كالزكاة، ومنهم من قال يجزئ قولا واحدا وان أساء، لان الوصية عطية من آدمى قد كان له

ان يضعها حيث شاء.." (١)

-٢٢٩

"والضرب الثاني: أن يريد بمثل نصيب البنت بعد دخول الوصية عليها فعلى هذا يكون الموصى له بمثل نصيب الابن خمس المال، وللموصى له بمثل نصيب البنت سدس المال فتصير الوصيتان بخمس المال وسدسه فتوقف على اجازتهما فلو ابتدأ فوصى لرجل بمثل نصيب البنت ولآخر بمثل نصيب الابن كان للموصى له

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٦٨/١٥

بمثل نصيب البنت ربع المال، فأما الموصى له بمثل نصيب الابن،

فان أراد قبل دخول الوصية عليه كان له ثلث المال ثم على هذا القياس.

ولو ترك بنتا وأخا وأوصى لرجل بمثل نصيب البنت فقد **اختلف أصحابنا** في قدر ما يستحقه الموصى له على وجهين.

(أحدهما)

له الربع نصف حصة البنت، لانه لما استحق مع البنت الواحدة الربع لانه نصف نصيبها.

(والوجه الثاني) وهو اصح، له الثلث لانه يصير مع البنت الواحدة كبنت ثانية كما يصير مع الابن الواحد كابن ثان، وللواحدة من البنتين الثلث فكذلك للموصى له مثل نصيب البنت الواحدة الثلث، وهكذا لو وصى بمثل نصيب أخت مع عم كان فيما يستحقه بالوصية وجهان.

أحدهما: الربع، والثانى الثلث وهكذا لو لم يرث مع البنت والاخت غيرهما، لان لكل واحدة منهما إذا انفردت النصف، والباقى لبيت المال، فعلى هذا لو وصى بمثل نصيب أخ لام فله في أحد الوجهين نصف السدس، وفى الاخر السدس.

وجملة ذلك أن الموصى جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليها نصيب الموصى له وجعله مثلا له، وهذا يقتضى أن لا يزاد عليه، فان كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنين مثلا فله نصيب أحدهم إذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد ورثته فان تفاضلوا فله مثل نصيب أقلهم ميراثا يزاد على الفريضة، فان أوصى بنصيب وارث معين فله مثل نصيبه مزادا على الفريضة، وبهذا قال الجمهور، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد.

وقال مالك وابن أبى ليلى وزفر وداود: يعطى مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم إذا كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد، ويقسم الباقي بين الورثة." (١)

-٢٣٠

"فمن أصحابنا من قال: يجوز كما نقله المزني، لانه من الرقيق، ومنهم من قال لا يجوز كما نقله الربيع لان إطلاق اسم الرقيق لا ينصرف إلى الخنثى المشكل

(فصل)

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٥/٤٧٨

فان قال أعطوه شاة جاز أن يدفع إليه الصغير والكبير والضأن

والمعز، لان اسم الشاة يقع عليه ولا يدفع إليه تيس ولا كبش على المنصوص ومن أصحابنا من قال يجوز الذكر والانثى، لان الشاة اسم للجنس يقع على الذكر والانثى كالانسان، يقع على الرجل والمرأة فان قال أعطوه شاة من غنمي والغنم إناث لم يدفع إليه ذكر، فان كانت ذكورا لم يدفع إليه أنثى لانه أضاف إلى المال وليس في المال غيره، فان كانت غنمه ذكورا وإناثا فعلى ما ذكرنا من الخلاف فيه إذا أوصى بشاة ولم يضف إلى المال.

فان قال أعطوه ثورا لم يعط بقرة، فان قال أعطوه جملا لم يعط ناقة، فان قال أعطوه بعيرا فالمنصوص أنه لا يعطى ناقة.

ومن أصحابنا من قال يعطى لان البعير كالانسان يقع على الذكر والانثى، فان قال أعطوه رأسا من الابل أو رأسا من البقر أو رأسا من الغنم جاز الذكر والانثى، لان ذلك اسم للجنس

(فصل)

فان قال أعطوه دابة فالمنصوص أنه يعطى فرسا أو بغلا أو حمارا واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس: هذا قاله على عادة أهل مصر، فان الدواب في عرفهم الاجناس الثالثة، فان كان الموصى بمصر أعطى واحدا من الثلاثة.

وان كان في غيرها لم يعط إلا الفرس، لانه لا تطلق الدابة في سائر البلاد إلا على الفرس.

وقال أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة: يعطى وحدا من الثلاثة في جميع البلاد، لان اسم الدواب يطلق على الجميع، فان قال: أعطوه دابة من دوابي، وليس عنده إلا واحد من الثلاثة أعطى منه، لانه أضاف إلى ماله وليس له غيره فان قال أعطوه دابة ليقاتل عليه العدو لم يعط إلا فرسا.

فان قال ليحمل عليه لم يعط إلا بغلا أو حمارا، فان قال لينتفع بنسله لم يعط إلا فرسا أو حمارا لان القرينة دلت على ما ذكرناه.

(الشرح) حديث (سئل عن أفضل الرقاب) رواه أحمد والبخاري ومسلم." (١)

-٢٣١

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٨٤/١٥

"فأما إذا قال أعطوه دابة فقال الشافعي رضى الله عنه: أعطى من الخيل والبغال والحمير ذكرا أو أنثى صحيحا صغيرا أو كبيرا، أعجف أو سمينا.

(قلت) لان اسم الدواب يطلق على كل ما دب على الارض اشتقاقا من دبيبه غير أنه في العرف مختص ببعضها، فان قال: اعطوه دابة من دوابى فقد **اختلف أصحابنا** في قول الشافع: أعطى من الخيل والبغال والحمير الخ، فقال أبو العباس ابن سريج يحمل ذلك على عرف الناس بمصر حيث قال ذلك فيهم، وذكره لهم اعتبارا بعرفهم.

أما بالعراق والحجاز فلا ينطلق إلا على الخيل وحدها ولا يتناول غيرها إلا مجازا يعرف بقرينة، فإن كان الموصى بمصر خير ورثته بين الاصناف الثلاثة، وإن كان بالعراق لم يعطوه إلا من الخيل.

وقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة: بل الجواب محمول على ظاهره في كل البلاد، بأن اسم الدواب ينطلق على هذه الاجناس الثلاثة، فإن شذ بعض البلاد بتخصيص بعضها بالاسم لم يعتبر به حكم العرف العام، فلو قرن ذلك بما يدل على التخصيص حمل على قرينته، كقوله: اعطوه دابة يقاتل عليها فلا يعطى إلا من الخيل عتيقا أو هجينا ذكرا أو أنثى ولا يعطى صغيرا ولا مما لا يطيق الركوب، ولو قال: دابة يحمل عليها أعطى من البغال والحمير دون الخيل، ولو قال ينتفع بنتاجها يعطى من الخيل والحمير ولا يعطى من البغال والله تعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله:

(فصل)

فإن وصى بكلب ولا كلب له فالوصية باطلة، لانه ليس عنده كلب ولا يمكن أن يشترى، فبطلت الوصية، فإن قال: أعطوه كلبا من كلابي وعنده كلاب لا ينتفع بها بطلت الوصية، لان مالا منفعة فيه من الكلاب لا يحل اقتناؤه فان كان ينتفع بها اعطى واحدا منها إلا أن يقرن به قرينة من صيد أو حفظ زرع فيدفع إليه مادلت عليه القرينة، فان كان له ثلاثة كلاب ولا مال له فأوصى بجميعها ولم تجز الوثة ردت إلى الثلث وفى كيفية الرد وجهان.

(أحدهما)

يدفع إليه من كل كلب ثلثه كسائر الاعيان

(والثانى)

يدفع إليه." (١)

-٢٣٢

"قال المصنف رحمه الله تعالى:

باب الأوصياء

لا تجوز الوصية الا إلى بالغ عاقل حر عدل، فأما الصبى والمجنون والعبد والفاسق فلا تجوز الوصيه إليهم، لانه لاحظ للميت ولا للطفل في نظر هؤلاء ولهذا لم تثبت لهم الولاية، واما الكافر فلا تجوز الوصية إليه في حق المسلم، لقوله عز وجل (لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا، ودوا ما عنتم) ولانه غير مأمون على المسلم، ولهذا قال الله تعالى (لا يرقبون في مؤمن إلا ولا ذمه) وفى جواز الوصية إليه في حق الكافر وجهان (احدهما) انه يجوز لانه يجوز أن يكون وليا له فجاز ان يكون وصيا له كالمسلم

(والثانى)

لا يجوز كما لا تقبل شهادته للكافر والمسلم.

(فصل)

وتجوز الوصية إلى المرأة لما روي أن عمر رضي الله عنه وصى إلى ابنته حفصة في صدقته ما عاشت، فإذا ماتت فهو إلى ذوى الرأى من أهلها،

ولانها من أهل الشهادة فجازت الوصية إليها كالرجل.

**واختلف أصحابنا** في الاعمى فمنهم من قال: تجوز الوصية إليه لانه الشهادة فجازت الوصية إليه كالبصير، ومنهم من قال: لا تجوز الوصية لانه تفتقر الوصية إلى عقود لا تصح من الاعمى، وفضل نظر لا يدرك الا بالعين.

(الشرح) تصح الوصيه إلى الرجل العاقل المسلم الحر العدل اجماعا، ولا تصح إلى مجنون ولا طفل ولا وصية

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٨٧/١٥

مسلم إلى كافر بغير خلاف نعلمه، لان المجنون والطفل ليسا من أهل التصرف في أموالهما، فلا يليان على غيرهما، والكافر ليس من أهل الولاية عن مسلم، لقوله تعالى (لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ودوا ما عنتم قد بدت البغضاء من أفواههم وما تخفى صدورهم أكبر) .

قال ابن أبي حاتم حدثنا أبي حدثنا أبو أيوب محمد بن الوزان حدثنا عيسى ابن يونس عن أبي حيان التيمى عن أبي النباع عن ابن أبي الدهقانة قال: قيل." (١)

-٢٣٣

"قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

**واختلف أصحابنا** في الوقت الذى تعتبر فيه الشروط التى تصح بها

الوصية إليه، فمنهم من قال يعتبر ذلك عند الوفاة، فإن وصى إلى صبى فبلغ أو كافر فاسلم أو فاسق فصار عدلا قبل الوفاة صحت الوصية، لان التصرف بعد الموت فاعتبرت الشروط عنده كما تعتبر عدالة الشهود عند الاداء أو الحكم دون التحمل، ومنهم من قال: تعبتر عند العقد وعند الموت، ولا تعتبر فيما بينهما، لان حال العقد حال الايجاب، وحال الموت حال التصرف فاعتبر فيهما.

ومنهم من قال: تعتبر في حال الوصية وفيما بعدها، لان كل وقت من ذلك يجوز ان يستحق فيه التصرف بان يموت، فاعتبرت الشروط في الجميع.

(فصل)

وإن وصى إلى رجل فتغير حاله بعد موت الموصى - فإن كان لضعف - ضم إليه معين امين، وإن تغير بفسق أو جنون بطلت الوصيه إليه ويقيم الحاكم من يقوم مقامه.

(فصل)

ويجوز ان يوصى إلى نفسين.

لما روى أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم جعلت النظر في وقفها إلى على كرم الله وجهه، فإن

---

(١) المجموع شرح المهذب ٥٠٨/١٥

حدث به حدث رفعه إلى ابنيها فيليانها، ويجوز ان يجعل اليهما والى كل واحد منهما لانه تصرف مستفاد بالاذن، فكان على حسب الاذن، فإن جعل إلى كل واحد منهما جاز لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف، فان ضعف احدهما أو فسق أو مات جاز للآخر ان ينصرف ولا يقام مقام الاخر غيره لان الموصى رضى بنضر كل واحد منهما وحده، فان وصى اليهما لم يجز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف لانه لم يرض بأحدهما، فان ضعف احدهما ضم إليه من يعينه، فان فسق أحدهما أو مات أقام الحاكم من يقوم مقامه لان الموصى لم يرض بنظره وحده، فان اراد الحاكم ان يفوض الجميع إلى الثاني لم يجز لانه لم يرضى الموصى باجتهاده وحده فان ماتا أو فسقا فهل للحاكم ان يفوض إلى واحد.

فيه وجهان

(أحدهما)

يجوز، لانه سقط حكم الوصية بموتهما وفسقهما فكان الامر

فيه إلى الحاكم

(والثانى)

لا يجوز لانه لم يرضى بنظر واحد، وان اختلف." (١)

-٢٣٤

"نفسه كلوكيل، فأما اختلاف الوصي والوصى فقد مضى كلامنا فيه في الحجر وفى الوكالة، وبعض صوره في الوديعة، والله تعالى أعلم بالصواب.

قال المصنف رحمه الله:

(فصل)

ولا يلحق الميت مما يفعل عنه بعد موته بغير إذانه إلا دين يقضى عنه أو صدقة يتصدق بها عنه أو دعاء يدعى له، آفأما الدين فالدليل عليه ما روى أن إمرأة من خثعم (سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحج عن أبيها فأذن لها، فقالت: أينفعه ذلك؟ قال نعم كما لو كان على أبيك دين فقضيته نفعه) وأما الصدقة فالدليل عليها ما روى ابن عباس (أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إن أمة توفيت أفينفعها أن أتصدق عنها؟ فقال: فإن لى مخرفا فأشهدك أبى قد تصدقت به عنها) : وأما الدعاء فالدليل عليه

---

(١) المجموع شرح المهذب ٥١١/١٥

قوله عز وجل (والذين جاؤا من بعدهم يقولون: ربنا اغفر لنا ولاخواننا الذين سبقونا بالايمان) فأثنى الله عز وجل عليهم بالدعاء لاخوانهم من الموتى، واما ما سوى ذلك من القرب كقراءة القرآن وغيرها فلا يلحق الميت ثوابها.

لما روى أبو هريرة رضي الله عنه (إن النبي صلى الله عليه وسلم قال: إذا مات الانسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له) **واختلف أصحابنا** فيمن مات وعليه كفارة يمين فأعتق عنه، فمنهم من قال: لا يقع العتق عن الميت بل يكون للعتق لان

العتق غير متحتم على الميت لانه كان يجوز له تركه إلى غيره فلم يقع عنه، كما لو تطوع بالعتق عنه في غير الكفارة، ومنهم من قال: يقع عنه لانه لو أعتق في حياته سقط به الفرض، وبالله التوفيق.

(الشرح) حديث المرأة الخثعمية رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد في مسنده عن ابن عباس، وأخرجه أحمد والترمذي وصححه والبيهقي من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

وعن عبد الله بن الزبير قال: جاء رجل من خثعم إلى رسول الله صلى لله عليه وسلم فقال: إن أبي أدركه الإسلام وهو شيخ كبير." (١)

-٢٣٥

"(أحدهما)

يتبعها لانها تستحق الحرية فتبعها الولد كأم الولد، فعلى هذا ان ماتت الام في حياة المولى لم يبطل التدبير في الوالد.

(والثانى)

لا يتبعها لانه عقد يلحقه الفسخ فلم يسر إلى الولد كالرهن والوصية وان دبرها وهى حامل تبعها الولد قولا واحدا كما يتبعها في العتق، وان دبر عبدا ثم ملكه جارية فأتت منه بولد لحقه نسبه لانه يملكها في أحد القولين وله فيها شبهة في القول الثاني لاختلاف الناس في ملكه.

(فإن قلنا) لا يملك الجارية فالولد مملوك للمولى لانه ولد أمته (وان قلنا)

يملكها فالولد ابن المدبر ومملوكه لانه من أمته وهل يكون مدبرا فيه وجهان.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٥١٩/١٥

أحدهما: أنه ليس بمدبر لان الولد انما يتبع الام دون الاب والام غير مدبرة، والثانى: أنه مدبر لانها علقت به في ملكه فكان كالاب كولد الحر من أمته.

(فصل)

ويجوز الرجوع في التدبير بما يزيل الملك كالبيع والهبة المقبوضة لما رويناه من حديث جابر رضى الله عنه وهل يجوز بلفظ الفسخ كقوله: فسخت ونقضت ورجعت.

فيه قولان أحدهما: أنه يجرى مجرى الوصية فيجوز له فسخه بلفظ الفسخ وهو اختيار المزني لانه تصرف يتنجز بالموت يعتبره من الثلث فهو كالوصية.

والثانى: أنه يجرى مجرى العتق بالصفة فلا يجوز فسخه بلفظ الفسخ هو الصحيح لانه عتق علقه على صفة فهو كالعتق بالصفات، وان وهبه ولم يقبضه فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: ان قلنا: انه كالوصية فهو رجوع، وان قلنا: انه كالعتق بالصفة فليس برجوع لانه لم يزل الملك.

ومنهم من قال: هو رجوع على القولين لانه تصرف يفضى إلى زوال الملك وان كاتبه، فان قلنا ان التدبير كالوصيه كان رجوعا كما لو أوصى بعبد ثم كاتبه، وان قلنا أنه كالعتق بالصفة لم يكن رجوعا بل يصير مدبرا مكاتبا وحكمه ما ذكرناه فيمن دبر مكاتبا، وان دبره ثم قال ان أديت إلى وارثي ألفا فأنت حر.

(فان قلنا) انه كالوصيه كان ذلك رجوعا في التدبير لانه عدل عن العتق بالموت إلى العتق بأداء المال فبطل التدبير ويتعلق العتق بالاداء.

وان قلنا: انه." (١)

-٢٣٦

"كتاب المكاتب

الكتابة جائزة لقوله تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا) ولا تجوز الكتابة إلا من جائز التصرف في المال لانه عقد على المال فلم يجز إلا من جائز التصرف في المال كالبيع، ولا يجوز أن يكاتب عبد اجيرا لان الكتابة تقتضي التمكين من التصرف والاجارة تمنع من ذلك، ولا يجوز أن

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٦/١٦

يكاتب عبدا مرهونا لان الرهن يقتضى البيع والكتابة تمنع البيع، وتجوز كتابة المدبر وأم الولد لانه عتق بصفة يجوز ان تتقدم على الموت فجاز في المدبر وأم الولد كالعتق المعلق على دخول الدار، فإن كتب مدبرا صار مكاتبا ومدبرا، وقد بينا حكمه في المدبر، وان كاتب أم ولد صارت مكاتبة وأم ولد فان أرت المال قبل موت السيد عتقت بالكتابة، وان مات السيد قبل الاداء عتقت بالاستيلاد وبطلت الكتابة.

(فصل)

وتجوز كتابة بعض العبد إذا كان باقيه حرا لانه كتابة على جميع ما فيه من الرق فأشبه كتابة العبد في جميعه، وإن كان عبد بين اثنين فكاتبه احدهما في نصيبه بغير إذن شريكه لم يصح لانه لا يعطى من الصدقات ولا يمكنه الشريك من الاكتساب بالاسفار، وان كاتبه باذن شريكه ففيه قولان.

(أحدهما)

لا يصح لما ذكرناه من نقصان كسبه.

(والثانى)

يصح لان المنع لحق الشريك فزال بالاذن، وان كان لرجل عبد

فكاتبه في بعضه فالمنصوص انه لا يصح، **واختلف أصحابنا** فيه فذهب أكثرهم إلى أنه لا يصح قولا واحدا كما لا يصح أن يبعض العتق فيه، ومنهم من قال: إذا قلنا انه يصح أن يكاتب نصيبه في العبد المشترك باذن الشريك صح ههنا لان اتفاقهما على كتابة البعض كاتفاق الشريكين، فإن وصى رجل بكتابة عبد وعجز الثلث عن جميعه فالمنصوص أنه يكاتب القدر الذى يحتمله الثلث، فمن أصحابنا من جعل في الجميع قولين ومنهم من قال: يصح في الوصيه، وقد فرق بينه وبين العبد المشترك بأن." (١)

-٢٣٧

"فجاز الكتابة عليها كالمال فان كاتبه على عملين في الذمة في نجمين جاز كما يجوز على مالين في نجمين، وان كاتبه على خدمة شهرين لم يجز لان ذلك نجم واحد، وان كاتبه على خدمة شهر ثم على خدمة

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٠/١٦

شهر بعده لم يجز لان العقد في الشهر الثاني على منفعة معينة في زمان مستقبل فلم يجز كما لو استأجره للخدمة في شهر مستقبل.

وان كاتبه على دينار وخدمة شهر بعده لم يجز لانه لا يقدر على تسليم الدينار في الحال، وان كاتبه على خدمة شهر ودينار في نجم بعده جاز لانه يقدر على تسليم الخدمه فهو مع الدينار كالمالين في نجمين، وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار بعد انقضاء الشهر فقد **اختلف أصحابنا** فيه فقال أبو إسحاق لا يجوز لانه إذا لم يفصل بينهما صارا نجما واحدا.

ومنهم من قال يجوز لانه يستحق الدينار في غير الوقت الذى يستحق فيه الخدمه وانما يتصل استيفاؤهما.

فعلى هذا لو كاتبه على خدمة شهر ودينار في نصف الشهر جاز لانه يستحق الدينار في غير الوقت الذى يستحق فيه الخدمه.

(فصل)

وان كاتب رجلان عبدا بينهما على مال بينهما على قدر الملكين وعلى نجوم واحدة جاز، وان تفاضلا في المال مع تساوى الملكين أو تساويا في المال مع تفاضل الملكين، أو على أن نجوم أحدهما أكثر من نجوم الآخر أو على أن نجم أحدهما اطول من نجم الآخر ففيه طريقان، من أصحابنا من قال يبنى على القولين فيمن كاتب نصيبه من العبد بإذن شريكه، فإن قلنا يجوز جاز، وان قلنا لا يجوز لم يجز لان اتفاقهما على الكتابة، ككتابة أحدهما في نصيبه بإذن الآخر.

وعلى هذا يدل قول الشافعي رحمه الله تعالى فانه قال في الام: ولو أجزت لاجزت أن ينفرد أحدهما بكتابة نصيبه، فدل على أنه إذا جاز ذلك هذا، وان لم يجز ذلك لم يجز هذا.

ومنهم من قال لا يصح قولا واحدا لانه يؤدى إلى أن ينتفع أحدهما بحق شريكه من الكسب لانه يأخذ أكثر مما يستحق وربما عجز المكاتب فيرجع على شريكه بالفاضل بعدما انتفع به.

(فصل)

ولا يصح على شرط فاسد لانه معاوضة يلحقها الفسخ فبطلت." (١)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٢/١٦

"حتى عتق لم يسترجع على ظاهر النص، لانه إنما لم يصح لنقصانه وقد زال ذلك.
ومن أصحابنا من قال له أن يسترجع لانه قد وقع فاسدا فثبت له الاسترجاع.

(فصل)

ولا يتزوج المكاتب إلا بإذن المولى لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر، ولانه يلزمه المهر والنفقة في كسبه، وفي ذلك اضرار بالمولى فلم يجز بغير اذنه، فان أذن له المولى جاز قولا واحدا للخير، ولان الحاجة تدعو إليه بخلاف الهبة

(فصل)

ولا يتسرى بجارية من غير إذن المولى، لانه ربما أحبلها فتلفت بالولادة، فان أذن له المولى وقلنا إن العبد يملك ففيه طريقان، من أصحابنا من قال على قولين كالهبة، ومنهم من قال يجوز قولا واحدا، لانه ربما دعت الحاجة إليه فجاز كالنكاح، فان أولدها فالولد ابنه ومملوكه لانه ولد جاريته وتلزمه نفقته لانه مملوكه بخلاف ولد الحرة ولا يعتق عليه لنقصان ملكه، فان أدى المال عتق معه لانه كمل ملكه وان رق رق معه

(فصل)

ويجب على المولى الايتاء، وهو أن يضع عنه جزأ من المال أو يدفع إليه جزء من المال، لقوله عز وجل " آتوهم من مال الله الذى آتاكم " وعن علي كرم الله وجهه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في هذه الآية: يحط عنه ربع الكتابة، والوضع أولى من الدفع، لانه يتحقق الانتفاع به في الكتابة.

**واختلف أصحابنا** في القدر الواجب، فمنهم من قال ما يقع عليه الاسم من قليل وكثير، وهو المذهب، لان اسم الايتاء يقع عليه وقال أبو إسحاق: يختلف باختلاف قلة المال وكثرته، فان اختلفا قدره الحاكم باجتهاده كما قلنا في المتعة، فان اختار الدفع جاز بعد العقد للآية، وفي وقت الوجوب وجهان، أحدهما يجب بعد العتق كما تجب المتعة بعد الطلاق، والثانى أنه يجب قبل العتق لانه ايتاء وجب للمكاتب فوجب قبل العتق كالايتاء في الزكاة، ولا يجوز الدفع من غير جنس مال الكتابة لقوله تعالى " وآتوهم من مال الله الذى آتاكم " فان دفع إليه من جنسه من غير ما أداه إليه ففيه وجهان

(أحدهما)

يجوز كما يجوز في الزكاة أن يدفع من غير المال الذى وجب فيه." (١)

-٢٣٩

"وان كاتبه على خدمة شهر ودينار ثم مرض بطلت الكتابة في قدر الخدمة، وفي الباقي طريقان

(أحدهما)

أنه على قولين

(والثانى)

أنه يبطل قولا واحدا بناء على الطريقين فيمن ابتاع عينين ثم تلفت احداهما قبل القبض.

(فصل)

فإن أدى المال وعتق ثم خرج المال مستحقا بطل الحكم بعتقه لان العتق يقع بالاداء، وقد بان أنه لم يؤد، وإن كان الاستحقاق بعد موت المكاتب كان ما ترك للمولى دون الورثة لانا قد حكمنا بأنه مات رقيقا.

(فصل)

فان باع المولى ما في ذمة المكاتب، وقلنا انه لا يصح فقبضه المشترى فقد قال في موضع يعتق، وقال في موضع لا يعتق، **واختلف أصحابنا** فيه، فقال أبو العباس فيه قولان.

(أحدهما)

يعتق لانه قبضه بإذنه فأشبه إذا دفعه إلى وكيله.

(والثانى)

وهو الصحيح أنه لا يعتق لانه لم يقبضه للمولى وإنما قبضه لنفسه ولم يصح قبضه لنفسه لانه لم يستحقه فصار كما لو لم يؤخذ، وقال أبو إسحاق: هي على اختلاف حالين فالذي قال يعتق إذا أمره المكاتب بالدفع إليه

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٨/١٦

لانه قبضه بإذنه
والذى قال لا يعتق إذا لم يأمره بالدفع إليه لانه لم يأخذه بإذنه وإنما أخذه بما تضمنه البيع من الاذن والبيع باطل فبطل ما تضمنه.

(فصل)
إذا اجتماع على المكاتب دين الكتابة ودين المعاملة وأرش الجناية وضاق ما في يده عن الجميع قدم دين المعاملة لانه يختص بما في يده والسيد والمجني عليه يرجعان إلى الرقبة، فان فضل عن الدين شئ قدم حق المجني عليه لان حقه يقدم على حق المالك في العبد القن فكذلك في المكاتب، وان لم يكن له شئ فأراد صاحب الدين تعجيزه لم يكن له ذلك لان حقه في الذمة فلا فائدة في تعجيزه بل تركه على الكتابة أنفع له لانه ربما كسب ما يعطيه وإذا عجزه بقى حقه في الذمة إلى أن يعتق فان أراد المولى أو المجني عليه تعجيزه كان له ذلك لان المولى يرجع بالتعجيز إلى رقبته، والمجني عليه يبيعه في الجناية، فان عجزه المولى انفسخت الكتابة وسقط دينه وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع في الجناية وبين أن يفديه." (١)
-٢٤٠
"قال المصنف رحمه الله تعالى:

كتاب الفرائض

الفرائض باب من أبواب العلم وتعلمها فرض من فروض الدين، والدليل عليه ما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:
تعلموا الفرائض وعلموها الناس، فإني امرؤ مقبوض، وان العلم سيقبض، وتظهر الفتن حتى يختلف الاثنان في الفريضة فلا يجدا من يفصل بينهما)
(فصل)
وإذا مات الميت بدئ من ماله بكفنه ومؤنة تجهيزه، لما روى حباب بن الارت قال: قتل مصعب ابن عمير

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٢/١٦

رضى الله عنه يوم أحد وليس له الا نمرة كنا إذا غطينا بها رأسه خرجت رجله، وإذا غطينا رجله خرج رأسه فقال النبي صلى الله عليه وسلم: غطوا بها رأسه واجعلوا على رجله من الاذخر ولان الميراث انما انتقل إلى الورثة لانه استغنى عنه الميت وفضل عن حاجته، والكفن ومؤنة التجهيز لا يستغنى عنه فقدم على الارث، ويعتبر ذلك من رأس المال لانه حق واجب فاعتبر من رأس المال كالدين

(فصل)

ثم يقضى دينه لقوله عز وجل من بعد وصية يوصى بها أو دين ولان الدين تستغرقه حاجته فقدم على الارث، وهل ينتقل ماله إلى الورثة قبل قضاء الدين، **اختلف أصحابنا** فيه: فذهب أبو سعيد الاصطخرى رحمه الله إلى أنه لا ينتقل بل هو باق على ملكه إلى أن يقضى دينه، فإن حدثت منه فوائد ككسب العبد وولد الامة ونتاج البهيمة تعلق بها حق الغرماء، لانه لو بيع كانت العهدة على الميت دون الورثة، فدل على أنه باق على ملكه.

وذهب سائر أصحابنا إلى أنه ينتقل إلى الورثة، فان حدثت منها فوائد لم يتعلق با حق الغرماء، وهو المذهب، لانه لو كان باقيا على ملك الميت لوجب أن يرثه من أسلم أو أعتق من أقاربه قبل قضاء الدين ولوجب أن لا يرثه من مات من الورثة قبل قضاء الدين.

وان كان الدين أكثر من قيمة التركة فقال الوارث أنا أفكها بقيمتها وطالب." (١)

-٢٤١

"آووا ونصروا، أولئك بعضهم أولياء بعض، والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شئ حتى يهاجروا) ثم نسخ ذلك ربنا عز وجل بالميراث بالرحم بقوله تبارك اسمه (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفا) وفسر المعروف بالوصية، وقال تعالى: للرجال نصيب مما ترك الولدان والاقربون، فذكر أن لهم نصيبا في هذه الآية، ولم يبين قدره، ثم بين قدر ما يستحقه كل وارث في ثلاثة مواضع من كتابه على ما نذكره في مواضعه ان شاء الله.

وإذا تقرر هذا فان الميت إذا مات أخرج من ماله كفنه وحنوطه ومؤنة تجهيزة من رأسماله مقدما على دينه ووصيته، موسرا كان أو معسرا، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم.

وقال الزهري: ان كان موسرا حسب ذلك من رأس المال، وان كان معسرا احتسب من ثلثه.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٩/١٦

وقال خلاس بن عمرو: يحتسب من ثلثه بكل حال.

دليلنا ما روى خباب في الحديث الذى ساقه المصنف ولم يسل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثلث ماله، وروى أن الرجل الذى قضى وهو محرم، قال النبي صلى الله عليه وسلم: كفنوه في ثوبيه اللذين مات فيهما، ولم يعتبر الثلث، ولان الميراث انما نقل إلى الورثة لاستغناء الميت عنه، وهذا غير ما استقر من كفنه ومؤنة تجهيزه، فقدم على الارث ثم يقضى دينه ان كان عليه دين ثم تخرج وصاياه لقوله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) وأجمعت الامة على أن الدين مقدم على الوصية، وهل ينتقل ماله إلى ورثته قبل قضاء الدين؟ **اختلف أصحابنا** فيه فذهب أكثرهم إلى أنه ينتقل إليهم قبل قضاء الدين.

وقال أبو سعيد الاصطخرى: لا ينتقل إليهم حتى يقضى الدين، هكذا ذكر الشيخان أبو حامد الاسفرايينى وأبو إسحاق المروزى عن أبي سعيد من غير تفصيل، وأما بن الصباغ فحكى عنه: ان كان الدين لا يحيط بالتركة لم يمنع الدين من انتقال المال إلى الورثة الا بقدره، واحتج بأنه لو بيع شئ من ماله بعد موته لكانت العهدة على الميت دون الورثة، فدل على بقاء ملكه.." (١)

-٢٤٢

"من يقول: انه لا يملك المال، ومنهم من قال انه يملكه إذا ملكه السيد، وهذا ملك ضعيف يزول بزوال ملك سيده وأما من نصفه حر ومن نصفه عبد فهو على وجهه ما أورده المصنف أما إذا مات مسلم حر وخلف أولادا أحرارا مسلمين وأولادا مملوكين ورثه الاولاد المسلمون الاحرار، فإن أسلم الكفار أو أعتق العبيد بعد قسمة الميراث لم يشاركوا في الارث بلا خلاف، وإن أسلموا أو عتقوا بعد موت أبيهم وقبل قسمة تركته لم يشاركوا في الميراث عندنا، وبه قال أكثر أهل العلم.

وقال أكثر أهل العلم: إذا اسلموا أو عتقوا بعد موت أبيهم وقبل قسمة تركته لم يشاركوا في الميراث عندنا وبه قال أكثر أهل العلم.

وقال عمر وعثمان رضى الله عنهما: إذا أسلموا أو عتقوا قبل القمسة شاركوا في الارث.

دليلنا أن كل من لم يرث حال الموت لم يرث بعد ذلك، كما لو أسلم أو أعتق بعد القسمه

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٥٢/١٦

واختلف أصحابنا فيمن قتل مورثه فمنهم من قال: ان كان القتل مضمونا لم يرثه لانه قتل بغير حق وان لم يكن مضمونا ورثه لانه قتل بحق فلا يحرم به الارث.

ومنهم من قال: ان كان متهما كالمخطئ أو كان حاكما فقتله في الزنا بالبينه لم يرثه لانه متهم في قتله لاستعجال الميراث، وان كان غير متهم بأن قتله بإقراره بالزنا ورثه لانه غير متهم لاستعجال الميراث.

ومنهم من قال لا يرث القاتل بحال، وهو الصحيح لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يرث القاتل شيئا) ولان القاتل حرم الارث حتى لا يجعل ذريعة إلى استعجال الميراث فوجب أن يحرم بكل حال لحسم الباب (الشرح) حديث ابن عباس رواه الدارقطني وفى اسناده كثير من مسلم وهو ضعيف، وعند البيهقى حديث آخر بلفظ: من قتل قتيلا فانه لا يرثه.

وان لم يكن له وارث غيره.

وفى اسناده عمرو بن برق وهو ضعيف، وعن أبى هريرة عند الترمذي وابن ماجه (القاتل لا يرث) وفى اسناده إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة تركه أحمد وغيره وأخرجه النسائي في السنن الكبرى وقال: اسحاق متروك." (١)

-٢٤٣

"أحدها: ترثه ما دامت في عدتها منه، فإذا انقضت عدتها لم ترثه، وبه قال أبو حنيفة وسفيان والليث والاوزعي وإحدى الروايتين عن أحمد، لان الميراث للزوجة إنما يكون لزوجة أو لمن هي في حكم الزوجات، فما دامت في عدتها منه فهي في حكم الزوجات.

والثاني: أنها ترثه ما لم تتزوج بغيره، فإذا تزوجت بغيره لم ترثه، وبه قال ابن أبي ليلى، وهى الرواية الصحيحة عن أحمد، لان حقها قد ثبت في ماله، فإذا لم يسقط ببينونتها لم يسقط بانقضاء عدتها، وإنما يسقط برضاها، فإذا تزوجت فقد رضيت بفراقه وقطع حقها عنه.

والثالث: أنها ترثه ابدا سواء تزوجت أو لم تتزوج، وبه قال مالك لانها قد ثبت لها حق في ماله فلم ينقص بانقضاء عدتها ولا بتزويجها كمهرها.

(فرع)

إذا أقر في مرض موته أنه قد كان طلق إمرأته في صحته ثلاثا بانت منه، قال الشيخ أبو حامد: ولا ترثه قولا

---

(١) المجموع شرح المهذب ٦٠/١٦

واحدا، لان ما أقر به في مرض موته

وإضافته إلى الصحة كالذي فعله في الصحة كما لو أقر في مرض موته أنه كان وهب ماله في صحته وأقبضه، فان ذلك يعتبر من التلت.

وحكى القاضي أبو الطيب عن بعض أصحابنا في ذلك قولين كما لو طلقها ثلاثا في مرض موته لانه متهم في اسقاط حقها فلم يسقط بدليل أنه لا يسقط بهذا الاقرار نفقتها ولا سكناها في حال النكاح وان اضاف ذلك إلى وقت ماض.

(فرع)

إذا كان الرجل مريضا فسألته امرأته أن يطلقها ثلاثا ومات في مرضه ذلك، أو قال لها في مرض موته: أنت طالق ثلاثا ان شئت، فقالت: شئت، طلقت، وهل ترثه؟ **اختلف أصحابنا** فيه، فقال أبو علي بن أبي هريرة: هي على القولين، لان الاصل في هذا قصة عثمان في توريثه تماضر زوجها عبد الرحمن بن عوف في مرض موته، وقد كانت سألته الطلاق.

وقال الشيخ أبو حامد: لا ترثه قولا واحدا، وهو المذهب لانها إذا سألته الطلاق فلا تهمة عليه في طلاقها، وأما قصة تماضر لا حجه فيها لان عبد الرحمن قال لنسائه: من اختارت منكن أن أطلقها طلقتها، فقالت تماضر: طلقني،." (١)

-٢٤٤

"وإن انفصل ميتا وتحرك بعد الانفصال حركة لا تدل على الحياة لم يرث.

لان بهذه الحركة لم يعلم حياته لان المذبوح قد يتحرك، واللحم قد يختلج ولا روح فيه وإن خرج بعضه فصرخ ثم مات قبل أن ينفصل لم يرث لانه ما لم ينفصل جميعه لا تثبت له أحكام الدنيا.

إذا ثبت هذا فما حكم مال الميت قبل انفصال الحمل؟ ينظر فيه، فإن كان مع الحمل وارث له فرض لا ينقص الحمل عنه كالزوج والزوجة والام والجدة أعطى

صاحب الفرض فرضه ووقف الباقي من ماله، وإن كان الوارث معه ممن لا سهم له مقدر كالابن والابنة، **فاختلف أصحابنا** فيه، فذهب المسعودي وابن اللبان وغيرهما إلى أنه يدفع إلى الابن الموجود خمس المال ويوقف الباقي وحكى الشيخ ابو حامد أن هذا مذهب أبي حنيفة لان أكثر ما تلد المرأة في بطن أربعة.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٦٤/١٦

وقال الشيخان أبو حامد الاسفراييني وأبو إسحاق المروزى: لا يعطى الابن الموجود شيئا من المال بل يوقف جميعه.

وحكى المسعودي أن هذا مذهب أبي حنيفة وقال محمد بن الحسن: يدفع إليه ثلث المال لان أكثر ما تلده المرأة إثنان.

وقال أبو يوسف: يدفع إليه نصف لان الظاهر أنها لا تلد أكثر من واحد.

فإذا قلنا إنه يوقف جميع المال فوجهه أنه لا يعلم أكثر ما تحمله المرأة، وحكى عن الشافعي رضي الله عنه أنه قال: قدمت اليمن عند شيخ بها أسمع عليه الحديث.

قال ابن بطال: هذا الشيخ من بادية صنعاء من قرية تسمى خيرة.

قال الشافعي: فبينما هو جالس على بابه إذ جاء خمسة كهول إلى آخر ما قال ووجه سوق القصة أن بعض النساء يمكن أن تلد خمسة توائم، وقد طالعتنا الانباء منذ حين قريب بامرأة ولدت ستة توائم.

وحكى ابن المرزبان أنه قال: أسقطت امرأة عندنا بالانبار كيسا به اثنا عشر ولدا كل اثنين متحاذيان، فعلم أنه ليس لما تلده المرأة حد، واستطرادا على مناسبة الكيس فإن ولدينا الانور وعبد الناصر قد رزقني الله بهما توأمين، وكان الأنور في كيس رائق شفاف فتبارك الله أحسن الخالقين." (١)

-٢٤٥

"(فصل)

ويجوز لذوى المحارم النظر إلى ما فوق السرة ودون الركبة من ذوات المحارم لقوله تعالى (ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو أبنائهن أو أبناء بعولتهن أو إخوانهن أو بنى إخوانهن أو بنى أخواتهن أو نسائهن أو ما ملكت أيمانهن أو التابعين غير أولى الاربة من الرجال) ويجوز للرجل أن ينظر إلى ذلك من الرجل وللمرأة أن تنظر إلى ذلك من المرأة لانهم كذوى المحارم في تحريم النكاح على التأييد فكذلك في جواز النظر.

**واختلف أصحابنا** في مملوك المرأة، فمنهم من قال هو محرم لها في جواز النظر والخلوة، وهو المنصوص لقوله عز وجل (أو ما ملكت أيمانهن) فذكره مع ذوى المحارم في إباحة النظر.

وروى أنس رضى الله عنه قال (أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاطمة غلاما فأقبل النبي صلى الله عليه

---

(١) المجموع شرح المهذب ١١١/١٦

وسلم ومعه الغلام فتقنعت بثوب إذا قنعت رأسها لم يبلغ رجليها، وإذا غطت رجليها لم يبلغ رأسها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم إنه ليس عليك بأس إنما هو أبوك وغلامك) ومنهم من قال ليس بمحرم، لان المحرم من يحرم على التأبيد، وهذا لا يحرم على التأبيد فلم يكن محرما، واختلفوا في المراهق مع الاجنبية، فمنهم من قال هو كالبالغ في تحريم النظر لقوله تعالى (أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء) فدل على أنه لا يجوز لمن ظهر على عورات النساء، ولانه كالبالغ في الشهوة فكان كالبالغ في تحريم النظر.

ومن أصحابنا من قال يجوز له النظر إلى ما ينظر ذو محرم، وهو قول أبي عبد الله الزبيري لقوله عز وجل (وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا) فدل على أنهم إذا لم يبلغوا الحلم لم يستأذنوا،

(فصل)

ومن تزوج امرأة أو ملك جارية يملك وطأها فله أن ينظر منها إلى غير الفرج، وهل يجوز أن ينظر إلى الفرج؟ فيه وجهان

(أحدهما)

لا يجوز، لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (النظر إلى الفرج يورث الطمس)

(والثاني)

يجوز، وهو الصحيح، لانه يملك الاستمتاع به فجاز له النظر إليه كالفخذ وإن زوج أمته حرم عليه النظر إلى مابين السرة والركبة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (إذا زوج أحدكم جاريته عبده أو أجيره فلا ينظر إلى ما دون السرة والركبة)." (١)

-٢٤٦

"وقد انشق القمر للنبى صلى الله عليه وسلم وخرج الماء من بين أصابعه وكانت معجزة عيسى إحياء الموتى وإبراء الاكمه والابرص، وقد سبحت الحصى بيد النبي صلى الله عليه وسلم وحن الجذع إليه، وفضله الله تعالى عليهم بأن جعل القرآن معجزته وجعل معجزته فيه باقية إلى يوم القيامة، ولهذا كانت نبوته مؤبدة لا تنسخ إلى يوم القيامة، ونصر بالرعب مسيرة شهر، وبعث إلى الخلق كافة، وقد كان كل نبى يبعث في نسب قومه خاصة، وقال صلى الله عليه وسلم: تنام عيناى ولا ينام قلبى، وكان يرى من خلفه كما يرى من بين يديه، وأما ما خص به النبي صلى الله عليه وسلم من الاحكام في النكاح فاختلف أصحابنا في المنع من

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٣٤/١٦

الكلام فيه فحكى الصيمري أبا على بن خيران منع من الكلام فيه وفى الامامة لان ذلك قد انقضى فلا معنى للكلام فيه.

وقال سائر أصحابنا: لا بأس في الكلام بذلك وهو المشهور من المذهب لما فيه من زيادة العلم، وقد تكلم العلماء فيما لا يكون كما بسط الفرضيون مسائل الوصايا وقالوا: إذا ترك أربعمائة جدة وأكثر.

وإذا ثبت هذا فانه أبيح للنبي صلى الله عليه وسلم أن ينكح من النساء أي عدد شاء.

وحكى الطبري في العدة وجها آخر أنه لم يبح له أن يجمع بين أكثر من تسع

والاول هو المشهور، قال تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا) قيل في التفسير: أن لا تجوروا في حقوقهن فحرم الزيادة على الاربع وندب إلى الاقتصار على واحدة خوفا من الجور وترك العدل، وهذا مأمون من النبي صلى الله عليه وسلم ولان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ثماني عشرة امرأة، وقيل: بل خمسة عشر وجمع بين أربعة عشر، وقيل بل بين أحد عشر، ومات عن تسع هن عائشة بنت أبى بكر الصديق، وحفصة بنت عمر، وأم سلمه بنت أبي أمية، وأم حبيبة بنت أبي سفيان وميمونة بنت الحارث، وجويرية بنت الحارث، وصفية بنت حي، وزينب بنت جحش، فهؤلاء ثمان نسوه كان يقسم لهن إلى أن مات صلى الله عليه وسلم والتاسعة سودة بنت زمعة كانت وهبت ليلتها لعائشة حتى قال له ربه تعالى." (١)

-٢٤٧

"كان ابن ابن عمها جاز له أن بزوج لانهما يشتركان في النسب.

فان كان لها ابنا ابن عم أحدهما ابنها فعلى القولين في أخوين أحدهما من الاب والام والآخر من الاب

(فصل)

ولا يجوز أن يكون الولى صغيرا ولا مجنونا ولا عبدا لانه لا يملك العقد لنفسه فلا يملكه لغيره، واختلف أصحابنا في المحجور عليه لسفه، فمنهم من قال: يجوز أن يكون وليا لانه إنما حجر عليه في المال خوفا من اضاعته وقد أمن ذلك في تزويج ابنته فجاز له ان يعقد كالمحجور عليه للفلس، ومنهم من قال: لا يجوز لانه ممنوع من عقد النكاح لنفسه فلم يجز أن يكون وليا لغيره، ولا يجوز أن يكون فاسقا على المنصوص، لانها ولاية فلم تثبت مع الفسق كولاية المال.

(١) المجموع شرح المهذب ١٤٤/١٦

ومن أصحابنا من قال: إن كان أبا أو جدا لم يجز، وإن كان غيرهما من العصبات جاز، لانه يعقد بالاذن فجاز أن يكون فاسقا كالوكيل.

ومن أصحابنا من قال: فيه قولان

(أحدهما)

لا يجوز لما ذكرناه

(والثانى)

يجوز لانه حق يستحق بالتعصيب فلم يمنع منه الفسق كالميراث والتقدم في الصلاة على الميت، وهل يجوز أن يكون أعمى؟ فيه وجهان.

(أحدهما)

يجوز، لان شعيبا عليه السلام كان أعمى وزوج ابنته من موسى صلى الله على نبينا وعليهم وسلم.

(والثانى)

لا يجوز، لانه يحتاج إلى البصر في اختيار الزوج، ولا يجوز للمسلم أن يزوج ابنته الكافرة، ولا للكافر أن يزوج ابنته المسلمة لان الموالاة بينهما منقطعة، والدليل عليه قوله تعالى (والمؤمنون المؤمنات بعضهم أولياء بعض) وقوله سبحانه (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولهذا لا يتوارثان ويجوز للسلطان أن يزوج نساء أهل الذمة، لان ولايته تعم المسلمين وأهل الذمة ولا يجوز للكافر أن يزوج أمته المسلمة، وهل يجوز للمسلم أن يزوج أمه الكافرة فيه وجهان

(أحدهما)

يجوز، وهو قول أبى إسحاق وأبى سعيد الاصطخرى وهو المنصوص، لانها ولاية مستفادة بالملك فلم يمنع منها اخلاف الدين كالولاية في البيع والاجارة

(والثانى)

لا يجوز، وهو قول أبى القاسم الداركى لانه إذا لم يملك تزويج الكافرة بالنسب فلان لا يملك بالملك أولى.." (١)

-٢٤٨

"(الشرح) قال الشافعي رضى الله عنه: ولا يزوج المرأة ابنها إلا أن يكون عصبه، وبيان ذلك أن الابن لا ولاية له على أمه في النكاح من جهة البنوة.

وقال مالك وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل وإسحاق رحمهم الله تعالى: يثبت له عليها ولاية النكاح بالبنوة، واختلفوا في ترتيب ولايته فذهب مالك وابو يوسف وإسحاق إلى انه مقدم على الاب، وذهب محمد واحمد إلى ان الاب مقدم عليه، وذهب ابو حنيفة إلى انهما سواء.

دليلنا على انه لا ولاية له ان بين الابن وأمه قرابة لا ينسب أحدهما إلى الآخر ولا ينتسبان إلى من هو اعلى منهما: فلم يكن له عليها ولاية كابن الاخت.

قال الشافعي رضى الله عنه: ولان ولاية النكاح انما وضعت طلبا لحظ المرأة والاشفاق عليها والابن يعتقد ان تزويج أمه عار عليه فلا يطلب لها الحظ، ولا يشفق عليها فلم يستحق الولاية عليها، وان كان ابنها من عصبتها بأن كان ابن ابن عمها كان وليا لها في النكاح لانهما لا ينسبان إلى من هو اعلى منهما فجاز له تزويجها كتزويج الاخ لاخته للاب، وان كان لها ابنا ابن عم احدهما ابنها ففيه قولان.

(احدهما) انهما سواء

(والثانى)

ان ابنها اولى كالقولين في الاخوين احدهما لاب وام والآخر لاب، وهكذا إذا كان ابنها مولاها أو كان حاكما فله عليها ولاية من جهة الولاء والحكم لا من جهة البنوة.

(فرع)

وان كانت له اخت لام لا قرابه بينهما غير ذلك لم يملك تزويجها، وقال ابو حنيفة في احدى الروايتين: له تزويجها دليلنا أنه لا تعصيب بينهما فلم يملك تزويجها كالأجنبي.

(فرع)

قال الشافعي في البويطى: لا يكون الولى الا مرشدا.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٥٧/١٦

وقال في موضع آخر وولى الكافرة كافر، وهو يقتضى ثبوت الولاية للفاسق، **واختلف أصحابنا** في الفاسق هل هو ولى في النكاح ام لا؟ على خمسة طرق فقال الشيخ ابو حامد: الفاسق ليس بولي في النكاح قولا واحدا.

وقال القفال: الفاسق بولي في النكاح قولا واحدا.

وقال ابو اسحاق المروزى." (١)

-٢٤٩

"ان كان الولى ممن يجبر على النكاح كالاب والجد في تزويج البكر لم يصح أن يكون فاسقا لانه يزوج بالولاية، والولاية لا تثبت مع الفسق، كفسق الحاكم والوصى وان كان ممن لا يجبر على النكاح كمن عدا الاب والجد من الاولياء، وكتزويج الاب والجد للثيب صح تزويجه، وان كان فاسقا، لانه يزوج بإذنها فهو كالوكيل

ومن أصحابنا من قال: ان كان الفاسق مبذرا في ماله لم يجز أن يكون وليا في النكاح، وان كان رشيدا في أمر دنياه كان وليا في النكاح، ومن أصحابنا من قال فيه قولان

(أحدهما)

أن الفاسق ولى في النكاح بكل حال.

وهو قول مالك وأبي حنيفة لقوله تعالى (وأنكحوا الايامى منكم) وهذا خطاب للاولياء، ولم يفرق بين العدل والفاسق، ولان الكافر لما ملك تزويج ابنته الكافرة والمسلم الفاسق أعلا منه فلان يملك تزويج وليته أولى

(والثانى)

لا يصح أن يكون وليا بحال، وهو المشهور من المذهب لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا نكاح الا بولي.

وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال (لا نكاح الا بولي مرشد وشاهدي عدل، ولا مخالف له، والمرشد من أسماء المدح، والفاسق ليس بممدوح، ولانه تزويج في حق غيره فنافاه الفسق في دينه كفسق الحاكم، فقولنا تزويج، احتراز من ولاية القصاص، وقولنا في حق غيره، احتراز من تزويج الفاسق لامته فإنه تزويج في حقه، بدليل أنه يجب له المهر.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٥٨/١٦

وقولنا في دينه، احتراز من تزويج الكافر لابنته الكافرة، لانه ليس بفسق في دينه، ولان الولى انما اشترط في العقد لئلا تحمل المرأة شهوتها على أن تلقى نفسها في أحضان غير كفء، وتزوج نفسها في العدة، فيلحق العار بأهلها.

وهذا المعنى موجود في الفاسق لانه لا يؤمن أن يحمله فسقه على أن يضع المرأة في أحضان غير كفء، ويزوجها في العدة، فيلحق العار بأهلها، فلم يجز أن يكون وليا وأما الآية فلا نسلم له أنها تنصرف إلى الفاسق لانه ليس بولي عندنا، فإن سلمنا فإن عمومها مخصص بالخبر وأما الكافر فإنما يصح أن يزوج ابنته الكافرة إذا كان رشيدا في دينه لانه مقر عليه بخلاف الفاسق.

إذا ثبت هذا وقلنا الفاسق ليس بولي فقد قال المسعودي: **واختلف أصحابنا**." (١)

-٢٥٠

"لان المانع قد زال فان كان الولى الابعد قد زوجها قبل زوال المانع صح النكاح وإن زوجها بعد زوال المانع وبعد علمه بزوال المانع لم يصح كما لو باع الوكيل ما وكل في بيعه بعد العزل وبعد علمه بالعزل، وإن زوج بعد زوال المانع وقبل علمه بزواله ففيه وجهان بناء على القولين في الوكيل إذا باع بعد العزل وقبل علمه بالعزل (فرع)

وان دعت المرأة أن تزوج لكفؤ فامتنع الولى زوجها الحاكم، ولا تنتقل إلى من عدا العاضل من الاولياء لقوله صلى الله عليه وسلم (فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له) ولان النكاح حق لها فإذا تعذر ذلك من جهة وليها كان على الحاكم استيفاؤه، كما لو كان على رجل دين فامتنع من بذله فان الحاكم ينوب عنه في الدفع من مال الممتنع.

(فرع)

قال الشافعي رضي الله عنه: فإن كان أولاهم به مفقودا أو غائبا غيبة بعيدة كانت أو قريبة زوجها السلطان، وجملة ذلك أنه إذا كان للمرأة أب أو جد فغاب الاب وحضر الجد ودعت المرأة إلى تزويجها نظرت، فان كان الاب مفقودا بأن انقطع خبره ولا يعلم أنه حى أو ميت فان الولاية لا تنتقل إلى الجد، وانما يزوجها السلطان، لان ولاية الاب باقية عليها، بدليل أنه لو زوجها في مكانه لصح، وانما تعذر بغيبته فناب الحاكم عنه، كما لو غاب وعليه دين، فان الحاكم ينوب عنه في الدفع من ماله دون الاب وان غاب غيبه غير منقطعه بأن يعلم

(١) المجموع شرح المهذب ١٥٩/١٦

أنه حى نظرت فان كان على مسافة تقصر فيها الصلاة جاز للسلطان تزويجها، لان في استئذانه مشقة فصار كالمفقود.

وان كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة، فاختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال يجوز للحاكم تزويجها، وهو المذهب، لان في استئذانه الحاق مشقه، فهو كما لو كان على مسافة القصر." (١)

-٢٥١

"قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

والكفاءة في الدين والنسب والحرية والصنعة، فأما الدين فهو

معتبر، فالفاسق ليس بكفء للعفيفة، لما روى أبو حاتم المزني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الارض وفساد عريض، وأما النسب فهو معتبر فالأعجمي ليس بكفء للعربيه، لما روى عن سلمان رضى الله عنه أنه قال (لا نؤمكم في صلاتكم، ولا ننكح نساءكم) وغير القرشى ليس بكفء للقرشيه لقوله صلى الله عليه وسلم (قدموا قريشا ولا تتقدموها) وهل تكون قريش كلها أكفاء؟ فيه وجهان.

(أحدهما)

أن الجميع أكفاء، كما أن الجميع في الخلافه أكفاء

(والثانى)

أنهم يتفاضلون، فعلى هذا غير الهاشمي والمطلبى ليس بكفء للهاشمية والمطلبيه، لما روى واثلة بن الاسقع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (إن الله اصطفى كنانة من بنى اسماعيل واصطفى من كنانه قريشا، واصطفى من قريش بنى هاشم واصطفانى من بنى هاشم) وأما بنو هاشم وبنو المطلب فهم أكفاء، لان النبي صلى الله عليه وسلم سوى بينهم في الخمس، وقال (إن بنى هاشم وبنى عبد المطلب شئ واحد) وأما الحرية فهى معتبرة، فالعبد ليس بكفء للحرة، لقوله تعالى (ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ، ومن رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا وجهرا، هل يستوون؟ ولان الحرة يلحقها العار بكونها تحت عبد.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٦٣/١٦

وأما الصنعه فهى معتبرة فالحائك ليس بكفء للبزاز، والحجام ليس بكفء للخراز، لان الحياكة والحجامه يستر ذل أصحابها.

**واختلف أصحابنا** في اليسار فمنهم من قال يعتبر، فالفقير ليس بكفء للموسرة لما روى سمرة قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحسب المال والكرم التقوى) ولان نفقة الفقير دون نفقة الموسر، ومنهم من قال لا يعتبر لان المال يروح ويغدو ولا يفتخر به ذوو المروءات.

ولهذا قال الشاعر

غنينا زمانا بالتصعلك والغنى

* وكلا سقاناه بكأسيهما الدهر فما زادنا بغيا على ذى قرابة

* غنانا ولا أزرى بأحسابنا الفقر." (١)

-٢٥٢

"دليلنا: ما روى أن فاطمة بنت قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن معاوية وأبا الجهم خطباني على حد الرواية التى ساقها المصنف أو على حد الرواية التى أخرجها أكثر الجماعة باشراك أسامة في خطبتها ثم اختار النبي صلى الله عليه وسلم أسامة لها لخلوه من صعلكة معاوية وقسوة أبى الجهم مع أنه كان من الموالى، قالت فتزوجت أبا زيد، وفاطمة قرشية وأسامة مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وروى أبو هريرة رضى الله عنه قال: حجم أبو هند رسول الله صلى الله عليه وسلم في اليافوخ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا بنى بياضة أنكحوا أبا هند

وانكحوا إليه) رواه أبو داود والحاكم وحسنه ابن حجر في التلخيص فندبهم إلى التزوج من حجام وليس بكفؤ لهم.

وروى أن بلالا رضى الله عنه تزوج بهالة بنت عوف أخت عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهم، وقيل: بل هو حذيفة، روى الدارقطني عن حنظلة بن أبي سفيان الجمحى عن أمه قالت رأيت أخت عبد الرحمن بن عوف تحت بلال.

وروى أن سلمان الفارسى خطب إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنهما ابنته فأنعم له عمر رضى الله عنه فكره ذلك عبد الله بن عمر، فلقى عمرو بن العاص فأخبره بذلك فقال أنا أكفيك هذا فلقى سلمان فقال

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٦/١٨٢

له عمرو: هنيئا لك فقال بماذا؟ فقال: تواضع لك أمير المؤمنين، فقال سلمان: المثلى يتواضع؟ والله لا تزوجتها أبدا.

وعن عائشة أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس، وكان ممن شهد بدرا مع النبي صلى الله عليه وسلم تبنى سالما وأنكحه ابنة أخيه الوليد ابن عتبة بن ربيعة وهو مولى إمرأة من الانصار.

(فرع)

فإن زوج الاب أو الجد البكر من غير كفؤ بغير رضاها أو زوجها أحد الاولياء بغير كفؤ برضاها من غير رضا سائر الاولياء، فقد قال الشافعي النكاح باطل.

وقال في موضع كان للباقين الرد، وهذا يدل على أنه وقع صحيحا **واختلف أصحابنا** فيها على ثلاث طرق، فمنهم من قال فيها قولان، وهو اختيار الشيخ أبو حامد.

(أحدهما) أن النكاح صحيح ويثبت لها ولسائر الاولياء الخيار في فسخه، لان." (١)

-٢٥٣

"عند ابتداء النكاح أولى، ولان عليه النفقة لها ولعيالها منه فلا يستطيع أن ينفق نفقة الموسرين.

وأما أهل الصنعة الدنيئة، كالحمامي والزبال وما أشبههم، وقد كانوا يعتبرون الحائك منهم لنص الحديث (إلا الحائك والحجام) فإن للصنعة تأثيرا في الكفاءة ولان الصنعة الدنيئة نقص في العادة فاعتبرت.

فأما اليسار **فاختلف أصحابنا** فيه، فمنهم من قال إنه معتبر بالمعسر ليس بكفء للموسرة لقوله صلى الله عليه وسلم (الحسب المال) ولانه لما ثبت أن العبد لا يكافئ الحرة لعجزه عن الانفاق عليها نفقة الموسر فكذلك المعسر، فعلى هذا لا يعتبر أن يكون الرجل مثل المرأة في اليسار في جميع الوجوه، بل إذا كان كل واحد موسرا يسارا ما تكافأ، وان اختلفا في المال.

ومنهم من قال اليسار غير معتبر في الكفاءة، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن من أهل اليسار ومات ودرعه مرهونة عند يهودى في طعام أهله، ولان الفقر ليس بنقص في الكفاءة في العادة لان المال يغدو ويروح، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم لابنى خالد لا تيأسا من رزق الله تعالى.

وأما السلامه من العيوب فهى معتبرة في الكفاءة، والعيوب في الرجال الجنون والجذام والبرص والجب والعنة، والعيوب في النساء الجنون والجذاء والبرص

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٨٦/١٦

والرتق (١) والقرن ولها أحكام تأتى في بابها.
قال الصيمري واعتبر قوم البلدان، فقالوا ساكنوا مكة والمدينة والبصرة والكوفة ليسوا بأكفاء لمن يسكن الجبال.
وهذا ليس بشئ، وليس للحسن والقبح والطول والقصر والسخاء والبخل ونحو ذلك مدخل في الكفاءة، لان ذلك ليس بنقص في العادة ولا عار فيه ولا ضرر، واليتان لرجل يدعى عروة الصعاليك كان يجمع الفقراء في حظيرة ويرزقهم مما يغنم، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

---

(١) الرتقاء التى لا يستطاع جماعها أو لا خرق لها إلا المبال خاصة.." (١)
-٢٥٤

"صلى الله عليه وسلم وخير ما عمل به كتاب الله المفرق بين الحلال والحرام، ثم يقول والنكاح مما أمر الله بن وندب إليه.
وأما الخطبة التى تحلل العقد بأن يقول الولى: بسم الله والحمد لله وصلى الله على رسول الله، أوصيكم بتقوى الله ويقول كما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه (أنكحتك على ما أمر الله به من امساك بمعروف أو تسريح بإحسان،
ثم يقول الزوج، بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أوصيكم بتقوى، قبلت نكاحها فاختلف أصحابنا في صحة العقد مع ذلك، فذكر الشيخ أبو حامد والمحاملى وابن الصباغ أن ذلك يصح، لان الخطبة متعلقة بالنكاح فلم يؤثر فصلها بين الايجاب والقبول، كالتيمم بين صلاتي الجمع.
وحكى الشيخ مصنف المهذب عن بعض أصحابنا ان الفصل بين الايجاب والقبول بالخطبة يبطل العقد كما لو فصل بينهما بغير الخطبة، ويخالف التيمم، فإنه مأمور به بين الصلاتين، والخطبة مأمور بها قبل العقد.
قال النووي في الاذكار، فلو قال، الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله قبلت نكاحها صح، ولم يضر هذا الكلام بين الايجاب والقبول لانه فصل يسير له تعلق بالعقد، ويكره أن يقال للزوج بعد العقد بالرفاء والبنين، لما روى أحمد والنسائي وابن ماجه عن عقيل بن أبي طالب أنه تزوج امرأة من بنى جشم فقالوا بالرفاء والبنين، فقال لا تقولوا هكذا، ولكن قولوا كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم، اللهم بارك لهم وبارك عليهم) وفى رواية له، لا تقولوا ذلك فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد نهانا عن ذلك، قولوا بارك الله لها فيك

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٨٩/١٦

وبارك لك فيها، وأخرجه أيضا أبو يعلى والطبراني وهو من رواية الحسن عن عقيل، قال في الفتح ورجاله ثقات الا أن الحسن لم يسمع من عقيل فيما يقال، وقد اختلف في علة النهى عن الترفئه التى كانت تفعلها الجاهلية فقيل لانه لا حمد فيها ولا ثناء ولا ذكر لله، وقيل لما فيه من الاشارة إلى بغض البنات لتخصيص البنين بالذكر، والا فهو دعاء للزوجين بالالتئام والائتلاف فلا كراهة فيه.

وقال ابن المنير: الذى يظهر أنه صلى الله عليه وسلم كره اللفظ لما فيه من." (١)

-٢٥٥

"موافقة الجاهلية لانهم كانوا يقولونه تفاؤلا لا دعاء فيظهر أنه لو قيل بصورة الدعاء لم يكره كأن يقول: اللهم ألف بينهما وارزقهما بنين صالحين وقال العمرانى من أصحابنا: ويكره أن يقال للزوج بعد العقد بالرفاء والبنين والمستحب أن يقول ما ورد في حديث أبى هريرة وساقه، والله تعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

ولا يصح العقد إلا بلفظ التزويج أو الانكاح، لان ما سواهما من الالفاظ كالتمليك والهبة لا يأتي على معنى النكاح، ولان الشهادة شرط في النكاح فإذا عقد بلفظ الهبة لم تقع الشهادة على النكاح، **واختلف أصحابنا** في نكاح النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ الهبة، فمنهم من قال: لا يصح لان كل لفظ لا ينعقد به نكاح غيره لم ينعقد به نكاحه كلفظ الاحلال.

ومنهم من قال: يصح لانه لما خص بهبة البضع من غير بدل خص بلفظها، وإن قال: زوجنى فقال: زوجتك صح، لان الذى خطب الواهبة من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال زوجنيها فقال النبي صلى الله عليه وسلم (زوجتكها بما معك من القرآن، وإن قال زوجتك، فقال قبلت، ففيه قولان.

(أحدهما)

يصح لان القبول يرجع إلى ما أوجبه الولى كما يرجع في البيع إلى ما أوجبه البائع.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٠٨/١٦

(والثانى)

لا يصح لان قوله، قبلت ليس بصريح في النكاح فلم يصح به، كما لو قال، زوجك فقال نعم.

وان عقد بالعجمية ففيه ثلاثه أوجه (أحدها) لا يصح لقوله صلى الله عليه وسلم (استحللتم فروجهن بكلمة الله) وكلمة الله بالعربية فلا تقوم العجمية مقامها كالقرآن

(والثانى)

وهو قول أبي سعيد الاصطخرى أنه إن كان يحسن بالعربية لم يصح، وإن لم يحسن صح، لان ما اختص بلفظ غير معجز جاز بالعجمية عند العجز عن العربية، ولم يجز عند القدرة كتكبيرة الصلاة (والثالث) وهو الصحيح أنه يصح، سواء أحسن بالعربية أو لم يحسن، لان لفظ النكاح بالعجمية يأتي على ما يأتي عليه لفظه بالعربية، فقام مقامه، ويخالف

القرآن فان القصد منه النظم المعجز، وذلك لا يوجد في غيره، والقصد بالتكبيرة." (١)

-٢٥٦

"(فرع)

قال الشافعي رضى الله عنه: والفرج محرم قبل العقد فلا يحل أبدا إلا بأن يقول الولى: قد زوجتكها أو أنكحتكها، ويقول الزوج: قد قبلت التزويج أو النكاح.

أو قال أنكحتك ابنتى، فقال الزوج: قبلت النكاح والتزويج صح ذلك، لانه قد وجد الايجاب والقبول في النكاح والتزويج، فإن قال الولى زوجتك ابنتى أن أنكحتك، فقال الزوج: قبلت، ولم يقل النكاح ولا التزويج فقد قال الشافعي رضي الله عنه في موضع: يصح.

وقال في موضع لا يصح، **واختلف أصحابنا** فيها على ثلاث طرق، فمنهم من قال.

لا يصح قولا واحدا وحيث قال يصح أراد إذا قبل الزوج قبولا تاما.

ومنهم من قال يصح قولا واحدا، وحيث شرط الشافعي رضى الله عنه لفظ النكاح أو التزويج في القبول فأراد على سبيل التأكيد، وهذا لا يصح لانه قال لا ينعقد النكاح، فقال أكثر أصحابنا: هي على قولين، وهذا اختيار الشيخ ابى إسحاق وابن الصباغ.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٠٩/١٦

(أحدهما)

يصح، وهو قول أبي حنفية وأحمد لان قوله قبلت إذا ورد على وجه الجواب عن إيجاب متقدم كان المراد به قبول ما تقدم، فصح كما لو قال بعتك دارى أو وهبتكها، فقال قبلت، فإنه يصح.

(والثانى)

لا يصح، قال الشيخ أبو حامد وهو الصحيح، لان الاعتبار في

النكاح أن يحصل الايجاب والقبول فيه بلفظ النكاح أو التزويج، فإذا عرى القبول منه لم يصح كما لو قال رجل لآخر زوجت ابنتك من فلان؟ فقال الولى نعم، وقال الزوج.

قبلت النكاح، فإن هذا لا يصح بلا خلاف.

وان قال الولى زوجتك ابنتى، فقال الزوج نعم.

قال الصيمري.

هو كما لو قال الزوج.

قبلت على الطرق الثلاث.

وقال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا لا يصح قولا واحدا.

وإن قال الزوج زوجنى ابنتك.

فقال الولى.

زوجتك صح ذلك، ولا يفتقر الزوج إلى أن يقول قبلت نكاحها، وقد وافقنا أبو حنيفة ههنا وخالفنا في البيع، لما روى أن الذى تزوج الواهبة قال للنبى صلى الله عليه وسلم زوجنيها يا رسول الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم." (١)

-٢٥٧

"زوجتكها ولم يأمره بالقبول بعد هذا.

وإن قال الزوج أتزوجني ابنتك، فقال الولى زوجتك لم يصح حتى يقول الزوج قبلت التزويج أو النكاح، لان قوله: أتزوجني استفهام ليس باستدعاء، ولو قال الولى أتستنكحها؟ فقال الزوج قد استنكحت أو قد تزوجت

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢١١/١٦

لم يكن بد من قول الولى بعد هذا زوجتك أو أنكحتك لان ما تقدم إنما كان استفهاما ولم يكن تقريرا.

(فرع)

وإن عقد النكاح بالعجمية **فاختلف أصحابنا** فيه، فقال الشيخ أبو حامد: إن كانا يحسنان العربية لم يصح العقد بالعجمية وجها واحدا.

وإن كانا لا يحسنان العربية فهل يصح العقد بالعجمية؟ فيه وجهان، المذهب أنه يصح.

وقال القاضى أبو الطيب: إن كانا لا يحسنان العربية صح العقد بالعجمية وجها واحدا، وان كانا يحسنان بالعربية فهل يصح العقد بالعجمية؟ فيه وجهان وقال المصنف فيه ثلاثة أوجه.

(أحدها) لا يصح العقد بالعجمية لقوله صلى الله عليه وسلم: استحللتم

فروجهن بكلمة الله، وكلمة الله انما هي بالعربية

(والثانى)

ان كانا يحسنان العربية لم يصح العقد بالعجمية.

وان كانا لا يحسنان العربية صح بالعجمية كما قلنا في تكبيرة الاحرام (والثالث) يصح العقد بالعجمية بكل حال.

لان لفظ العجمية يأتي على ما يأتي عليه العربية في ذلك.

وان كان أحدهما يحسن العربية ولا يحسن العجمية، والآخر يحسن العجمية ولا يحسن العربية، وقلنا يصح العقد بالعجمية صح العقد بينهما شرط أن يفهم القائل أن الولى أوجب له النكاح، لانه إذا لم يفهم لا يصح أن يقبل، وهكذا إذا حضر شاهدان أعجميان وعقد بالعربية، أو عربيان وعقد بالعجمية فلا يصح الا إذا فهما أن العاقدين عقد النكاح، لان الغرض بالشاهدين معرفتهما بالعقد وتحملهما الشهادة.

(فرع)

وإذا وكل الزوج من يقبل له النكاح، أو قبل الاب لابنه الصغير، فإن النكاح لا يصح حتى يسمى الزوج في الايجاب والقبول، فيقول الولى زوجت فلانة فلانا ويسمى الزوج، ويقول القائل من قبل الزوج قبلت النكاح لفلان ويسمى الزوج بخلاف الوكيل في الشراء فانه لا يجب ذكر الموكل، لان النكاح." (١)

-٢٥٨

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢١٢/١٦

"قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

وإن زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها لقوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوجها أو ابنتها، فقال لا يحرم الحرام الحلال إنما يحرم ما كان بنكاح ولا تحرم بالزنا أمها ولا ابنتها ولا تحرم هي على ابنه ولا على أبيه للآية والخبر، ولانه معنى لا تصير به المرأة فراشا فلم يتعلق به تحريم المصاهرة كالمباشرة بغير شهوة، وإن لاط بغلام لم تحرم عليه أمه وابنته للآية والخبر، وإن زنى بامرأة فأتت منه بابنة فقد قال الشافعي رحمه الله أكره أن يتزوجها، فان تزوجها لم أفسخ، فمن أصحابنا من قال: إنما كره خوفا من أن تكون منه، فعلى هذا إن علم قطعا أنها منه بأن أخبره النبي صلى الله عليه وسلم في زمانه لم تحل له.

ومنهم من قال: إنما كره ليخرج من الخلاف، لان أبا حنيفه يحرمها، فعلى هذا لو تحقق أنها منه لم تحرم، وهو الصحيح، لانها ولادة لا يتعلق بها ثبوت النسب فلم يتعلق بها التحريم، كالولادة لما دون ستة أشهر من وقت الزنا، **واختلف أصحابنا** في المنفية باللعان، فمنهم من قال: يجوز للملاعن نكاحها لانها منفيه عنه فهى كالبنت من الزنا، ومنهم من قال: لا يجوز للملاعن نكاحها لانها غير منفية عنه قطعا، ولهذا لو أقر بها ثبت النسب.

(الشرح) حديث عائشة أخرجه البيهقى في السنن وضعفه وأخرجه ابن ماجه عن ابن عمر، قال العلقمي: قال الدميري: هذا يدل لمذهب الشافعي أن الزنا لا يثبت حرمة المصاهرة حتى يجوز للزاني أن ينكح أم المزني بها، وقد ورد في هذا المعنى أحاديث لكل واحد منها مدلوله عند المخالفين فعن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الزانى المجلود لا ينكح إلا مثله) رواه أحمد وأبو داود، وقال في الفتح رجاله ثقات.

وعن عبد الله بن عمرو (أن رجلا من المسلمين استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في إمرأة يقال لها: أم مهزول كانت تسافح وتشترط له أن تنفق عليه فاستأذن." (١)

-٢٥٩

"مواعظ فلم تثبت لها حرمة.

والثانيه: أنها ليست من كلام الله سبحانه وتعالى، وانما كانت وحيا منه وقد يوحى ما ليس بقرآن كما روي

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢١٩/١٦

عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: أتاني جبريل يأمرني أن أجهر ببسم الله الرحمن الرحيم، ولم يكن ذلك قرآنا وكلاما من الله تعالى، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وأفاده العمرانى.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

**واختلف أصحابنا** في السامرة والصابئين، فقال أبو إسحاق: السامرة من اليهود والصابئون من النصارى، واستفتى القاهر أبا سعيد الاصطخرى في الصابئين فأفتى بقتلهم لانهم يعتقدون أن الكواكب السبعه مديرة، والمذهب أنهم ان وافقوا اليهود والنصارى في أصول الدين من تصديق الرسل والايمان بالكتب كانوا منهم، وان خالفوهم في أصول الدين لم يكونوا منهم وكان حكمهم حكم عبدة الاوثان.

واختلفوا في المجوس، فقال أبو ثور يحل نكاحهم لانهم يقرون على دينهم بالجزيه كاليهود والنصارى.

وقال أبو إسحاق: ان قلنا انهم كان لهم كتاب حل نكاح حرائرهم ووطئ امائهم والمذهب انه لا يحل لانهم غير متمسكين بكتاب فهم كعبدة الاوثان.

وأما حقن الدم فلان لهم شبهة كتاب والشبهة في الدم تقتضي الحقن وفى البضع تقتضي الحظر.

وأما ما قال أبو إسحاق فلا يصح لانه لو جاز نكاحهم على هذا القول لجاز قتلهم على القول الآخر.

(فصل)

ويحرم عليه نكاح من ولد بين وثنى وكتابيه لان الولد من قبيلة الاب ولهذا ينسب إليه ويشرف بشرفه، فكان حكمه في النكاح حكمه، ومن ولد بين كتابي ووثنيه ففيه قولان

(أحدهما)

أنها لا تحرم عليه، لانها من قبيلة الاب، والاب من أهل الكتاب

(والثانى)

أنها تحرم لانها لم تتمحض كتابية فأشبهت المجوسية.

(الشرح) الاحكام: السامرة والصابئون.

قال الشافعي رضى الله عنه في موضع: السامرة صنف من اليهود، والصابئون صنف من النصارى، وتوقف الشافعي رضى الله عنه في موضع آخر في حكمهم، فقال أبو إسحاق: انما توقف." (١)

-٢٦٠

"قلنا له: اختر أربعا، فإن اختار الموطوءة فلا شئ عليه، وإن اختار أربعا غير الموطوءة لزمه للموطوءة مهر مثلها (فرع)

وان قال: كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت نكاحها لم يصح، لان الاختيار كابتداء العقد، فلا يجوز تعليقه على صفة.

قال الشافعي رضى الله عنه: كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها.

لم يكن شيئا إلا أنه يريده طلاقا، وجملة ذلك أن الرجل إذا أسلم وتحته أكثر من أربع زوجات فقال: كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها، فإن أراد به الفسخ لم يصح لان الفسخ لا يصح تعليقه بالصفات، فهو كما لو أسلمن وقال لكل واحدة (إذا طلعت الشمس فقد فسخت نكاحك)

وإن نوى به الطلاق، أو قال كلما أسلمت واحدة منكن فهى طالق، **فاختلف أصحابنا** فيه، فمنهم من قال بظاهر كلام الشافعي، وقال يصح ذلك لان الطلاق يصح تعليقه على الصفات، فإذا أسلم أربع منهن وقع عليهن الطلاق، وكان ذلك اختيار الزوجتين، ومنهم من قال لا يصح ولا يتعلق بهذا حكم.

قال الشيخ أبو حامد، وهو المذهب، لان هذا يتضمن اختيارا للزوجة.

والاختيار لا يصح تعليقه بالصفة، ومن قال بهذا تأول كلام الشافعي ثلاثة تأويلات.

(أحدهما)

أنه إذا أسلم الرجل وليس عنده إلا أربع زوجات حرائر وتأخر إسلامهن فقال كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها، فإن أراد به الفسخ لم يصح لان الفسخ لا يصح الا فيمن تفضل عن الاربع، وان أراد به الطلاق صح لانه يلزمه نكاح جميعهن والطلاق يصح تعليقه بالصفات (والتأويل الثاني) أنه أراد إذا

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٣٥/١٦

أسلم وتحته أكثر من أربع زوجات، فكلما أسلمت واحده منهن قال لها فسخت نكاحك ونوى به الطلاق فيصح ذلك ويكون طلاقا واختيارا لها، فيكون الشرط من كلام الشافعي لا من كلام الزوج،." (١)

-٢٦١

"إلا ذلك، وإن اختلفا فقالت الزوجة أسلمت أنت أولا فأنا استحق عليك نصف الصداق، وقال الزوج: بل أسلمت أنت أولا فلا تستحقين على شيئا، فالقول قول الزوجه مع يمينها، لانا تيقنا استحقاقها لنصف المهر، والاصل بقاء ذلك الاستحقاق، وان اختلفا في انفساخ النكاح، فقالت الزوجة أسلم أحدنا قبل صاحبه قبل الدخول فانفسخ النكاح.

وقال الزوج بل أسلمنا معا في حالة واحدة ففيه قولان.

(أحدهما)

القول قول الزوج مع يمينه وهو اختيار المزني وأبي اسحاق المروزى لان الاصل بقاء النكاح.

(والثانى)

القول قول الزوجة مع يمينها، لان الظاهر معها لان الظاهر أنه لا يتفق اسلامهما في حالة واحدة الا نادرا، وان قال الزوج: أسلم أحدنا قبل صاحبه.

وقالت الزوجة بل أسلمنا معا في حالة واحدة فانه يحكم على الزوج بانفساخ النكاح لانه أقر بذلك.

وأما المهر فيحتمل أن يكون على القولين كالاولة، وان أقام الزوج البينة أنهما أسلما قبل الدخول حين طلعت الشمس أو حين زالت أو حين غربت، لم ينفسخ النكاح، وان قال الزوجان أسلمنا معا مع طلوع الشمس أو مع زوالها أو مع غروبها أو حال طلوعها أو حال زوالها أو حال غروبها لم يثبت اسلامهما معا فينفسخ، والفرق بينهما ان حين طلوعها وحين زوالها وحين غروبها هو حين تكامل الطلوع والزوال والغروب إلى استكماله، فيجوز أن يكون اسلام احدهما قبل الآخر.

(فرع)

وان اسلمت الزوجة بعد الدخول ثم اسلم الزوج بعدها ثم اختلفا

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٠٥/١٦

فقال الزوج: اسلمت قبل انقضاء العدة، وقالت الزوجة: بل اسلمت بعد انقضاء العدة.

قال الشافعي رحمه الله: فالقول قول الزوج.

وقال الشافعي رحمه الله: إذا طلق زوجته طلقة رجعية ثم راجعها فقال الزوج: راجعت قبل انقضاء العدة.

وقالت الزوجة: بل راجعت بعد انقضاء العدة، فالقول قول الزوجة.

وقال: إذا ارتد الزوج بعد الدخول ثم اسلم فقالت الزوجة: اسلمت بعد انقضاء العدة.

وقال الزوج اسلمت قبل انقضاء العدة، فالقول قول الزوجة، **واختلف أصحابنا** في هذه المسائل الثلاث على ثلاث طرق.." (١)

-٢٦٢

"شرط ينافى مقتضى العقد وان شرط الزوج ذلك عليها في العقد لم يبطل النكاح لان ذلك حق له يجوز له تركه فلم يؤثر شرطه ولا يلزمه الوفاء بالشرط لقوله صلى الله عليه وسلم: كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل.

وليس هذا في كتاب الله فكان باطلا.

(فرع)

إذا تزوج امرأة بمهر وشرط خيار المجلس أو خيار الثلاث في عقد النكاح فسد النكاح، لان النكاح لا يقع إلا لازما، فإذا شرط فيه الخيار نافى ذلك مقتضاه فأبطله.

وإن شرط الخيار في الصداق فقد قال الشافعي رضي الله عنه في المختصر: كان المهر فاسدا.

وظاهر هذا أن النكاح صحيح.

وقال في الاملاء ان المهر والنكاح باطلان.

**واختلف أصحابنا** فيها فمنهم من قال هي على حالين، فحيث قال يبطلان أراد إذا شرط الخيار في النكاح والمهر أو في النكاح وحده، وحيث قال لا يبطل النكاح أراد إذا شرط الخيار في المهر وحده، فهل يصح النكاح.

فيه قولان.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٢٠/١٦

(أحدهما)

لا يصح لانه أحد عوض النكاح فبطل النكاح بشرط الخيار فيه كما لو شرطه في البضع

(والثانى)

يصح النكاح وهو الصحيح لانه لو جعل الصداق خمرا أو خنزيرا لم يبطل النكاح، فلان لا يفسد إذا شرط الخيار في المهر أولى، فإذا قلنا بهذا ففى المهر والخيار ثلاثة أوجه حكاها الشيخ أبو حامد (أحدها) أن المهر والخيار صحيحان، لان المهر كالثمن في البيع، فلما ثبت جواز الخيار في الثمن ثبت جوازه في المهر

(والثانى)

أن المهر صحيح والخيار باطل، لان المقصود هو الصداق والخيار تابع، فثبت المقصود وبطل التابع (والثالث) أن المهر والخيار باطلان وهو المنصوص في الام لان الخيار لما لم يثبت في العوض وهو البضع لم يثبت في المعوض، وإذا سقط الخيار فقد ترك لاجله جزء من المهر فيجب رده وذلك مجهول.

وإذا كان المهر مجهولا وجب مهر المثل.

قال الشيخ أبو حامد: الوجهان الاولان لا يساويان استماعهما.

(فرع)

ويثبت في الصداق خيار الرد بالعيب الفاحش واليسير وما يعد عيبا في مثله.

وقال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف: يرد بالفاحش دون اليسير.

دليلنا أن إطلاق العقد يقتضى سلامة المهر من العيب، فإذا رد بالفاحش رد باليسير كالمبيع." (١)

-٢٦٣

"وهكذا إن أسلم أو ارتد فحكمه حكم الطلاق، لان الفرقة من جهته فهو كالطلاق وإن كانت الفرقة بسبب منهما نظرت فإن كانت بخلع فحكمه حكم الطلاق لان المغلب فيه جهة الزوج بدليل أنه يصح خلعه مع الأجنبي، وإن كان بردة منهما بأن ارتدا معا في حالة واحدة ففيه وجهان.

(أحدهما)

حكمه حكم الطلاق لان حال الزوج في النكاح إذا خالع زوجته بعد الدخول بها ثم تزوجها ثانيا في العدة ثم

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٣٨/١٦

طلقها قبل أن يدخل بها يتنصف المسمى.

وقال أبو حنيفة: لا يتنصف بل يبقى حقها في الجميع كما كان.

دليلنا ظاهر الآية (فنصف ما فرضتم) ولان الوطئ الموجود في النكاح الاول يقابله المهر الاول، فلو قلنا: لا يتنصف المهر في النكاح الثاني لصار ذلك الوطئ مؤثرا أقوى في تقرير المهرين، والتسليم الواحد لا يقابل بدلين وعلى هذا الخلاف لو وطئ إمرأة بالشبهة أو أعتق أم ولده ونكحها ثم طلقها ينصف المهر عندنا، وعند أبى حنيفة لا ينصف ويجعل دوام شغل الرحم كالوطئ في تقرير المهر كله وتخالف هذه المسألة المخالعة حيث غلبنا جانب الزوج لان الزوج يتصور منه أن ينفرد بالمخالعة عنها بأن تخالع مع أجنبي والمرأة لا يتصور منها الانفراد بالمخالعة عن الزوج فيترجح جانب الزوج، وههنا في المبايعة سواء رجحنا أحد الجانبين بالاستدعاء كما في الحرة إذا قتلت نفسها أو قتلت وليها قبل الدخول أنه لا يسقط شئ من المهر.

**واختلف أصحابنا** فيهما فذهب أبو العباس بن سريج وبعض أصحابنا إلى أن فيهما قولين

(أحدهما)

يسقط مهرها، لان النكاح انفسخ بسبب من جهتها،

فهو كما لو ارتدت

(والثانى)

لا يسقط وهو الاصح لانها فرقة حصلت بانقضاء أجلها فهو كما لو ماتت، وذهب أبو إسحاق المروزى وبعض أصحابنا إلى أنها على قولين على ظاهرها، ففى الامة يسقط، وفى الحرة لا يسقط، لان الحرة مسلمة لنفسها في العقد، ولهذا لا يجوز لها السفر بغير إذن الزوج، والامة غير مسلمة لنفسها ولهذا يجوز السفر بها بغير إذن زوجها، لان الزوج للحرة يغنم ميراثها فجاز أن يغرم مهرها، وزوج الامة لا يغنم ميراثها فلم يغرم مهرها، فإذا قلنا: يسقط." (١)

-٢٦٤

"وإن كان الصداق زائدا من وجه ناقصا من وجه بأن كانت جارية تعلمت صنعة ونسيت أخرى فهى بالخيار بين أن تأخذ نصفه وتسلم إلى الزوج نصفه، فيجبر الزوج على ذلك، لان النقص في يده مضمون عليه، وبين أن تفسخ الصداق لاجل النقص، فإذا فسخت رجعت عليه في قوله الجديد بنصف مهر المثل وفى

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٥٢/١٦

قوله القديم بنصف بدل الصداق.

(فرع)

كل موضع قلنا يرجع إلى الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول، فمتى يملك الزوج ذلك النصف، فيه وجهان: قال أبو إسحاق لا يملكه إلا بالطلاق واختيار التملك، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله لان الملك من غير اختيار لا يقع إلا بالارث، وهذا ليس بإرث.

(والثانى)

وبه قال زفر، وهو المنصوص أنه يملك بنفس الطلاق، وإن لم يختر التملك لقوله (وإن طلقتموهن) ولم يفرق بين أن يختار التملك أو لا يختار وما ذكره الاول أن الانسان لا يملك شيئا غير الميراث إلا باختيار التملك غير مسلم، فان الانسان لو أخذ صيدا لينظر إليه لا ليتملكه لملكه بالاخذ من غير اختيار التملك، وان زاد الصداق بعد الطلاق وقبل اختيار التملك، فان قلنا بقول أبي إسحاق كانت الزيادة للزوجة وحدها، وان قلنا بالمنصوص كانت الزيادة

بينهما، وان نقص في يدها بعد الطلاق وقبل الاختيار، فان قلنا بقول أبي إسحق لم يلزمها ضمان النقص.

وان قلنا بالمنصوص لزمها ضمان النقص.

إذا ثبت هذا فان الشافعي رضى الله عنه قال وهذا كله ما لم يقض القاضى بنصفه فتكون هي حينئذ ضامنة لما أصابه في يدها، فقال الصيمري هل يشترط قضاء القاضى في تملك الزوج نصف الصداق.

فيه وجهان ظاهر كلام الشافعي أن ذلك شرط.

والثانى وهو الاصح أن ذلك ليس بشرط، وسائر أصحابنا قالوا لا خلاف في أن قضاء القاضى ليس بشرط لان الرجوع بنصف الصداق ثبت له بنص الكتاب والاجماع، فلم يشترط قضاء القاضى فيه، فعلى هذا **اختلف أصحابنا** في تأويل كلام الشافعي، فمنهم من قال أراد إذا اختلفا في وقت ملك الزوج بأن قال الزوج ملكته من شهرين ثم نقص بعد ما ملكته فعليك ضمان النقص.

وقالت بل ملكته من شهر ونقص قبل أن أملكه فلا يلزمنى ضمان النقص فاهما." (١)

-٢٦٥

(١) المجموع شرح المهذب ٣٥٨/١٦

"فان كان الصداق عينا فخالعها على نصفها فان قلنا ان الزوج يملك نصف الصداق بالطلاق لم يصح الخلع على نصف ما سماه في الخلع، لان الخلع بمنزلة الطلاق الذى يوقعه ابتداء فلم يصح خلعها على النصف الذى يملك الزوج، وهل يصح في نصف ما سماه في الخلع.

فيه قولان بقاء على القولين في تفريق الصفقة، وما فسد من المسمى في الخلع فهل يرجع الزوج عليها ببدله أو بمهر المثل، فيه قولان كما قلنا فيه إذا تلف الصداق قبل القبض.

وإن قلنا إن الزوج لا يملك النصف الا بالطلاق واختيار التملك صح الخلع على النصف المسمى في الخلع ورجع عليها بالنصف.

وهل يرجع عليها بجميع النصف الباقي في يدها أو بنصفه أو بنصف قيمته.

على الاقوال الثلاثة التى مضت قبلها، وإن كان الصداق ألفا في الذمة فخالعها على خمسمائة منه قبل الدخول.

قال ابن الصباغ فان قلنا انه يملك نصف الصداق بالطلاق فسدت التسميه في الخلع في نصف الخمسمائة، ولا ينصرف ذلك إلى نصيبها من الالف بعد الطلاق لان وقت التسميه هي مالكة لجميعه، فكان ما سميته من الجملة، وهل تفسد التسميه في نصف الباقي؟ على القولين.

وهل يرجع عليها ببدلها أو بمهر مثلها.

على القولين.

وان قلنا انه لا يملك النصف الا بالطلاق واختيار التملك صح الخلع على ما سمى فيه، ويسقط الباقي من ذمته باختيار التملك.

إذا ثبت هذا فقد قال الشافعي رضى الله عنه وما بقى فعليه نصفه، وظاهر هذا أن الخلع يصح بخمسمائة ويسقط عن ذمته من الخمسمائة الباقيه ما ئتان وخمسون **واختلف أصحابنا** في تأويل هذا، فقال أبو على بن خيران أراد الشافعي رحمه الله إذا تخالعا على خمسمائه من الالف وهما يعلمان أن الخلع لا يصح الا على مائتين وخمسين منها لان نصفها يسقط عنه بالطلاق قبل الدخول، فإذا علما بذلك فقد رضيا أن يكون عوض الخلع مائتين وخمسين لا غير، فإذا بقى على الزوج خمسمائه سقط عنه نصفها بالطلاق قبل الدخول.

ومن أصحابنا من قال من قال أراد الشافعي رحمه الله إذا قالت اخلعني بما يخصنى من خمسمائه فصرحا بذلك. وقال أبو إسحاق تأويلها أن العقد وقع على جميع الخمسمائه لانها كانت ملكا." (١)

-٢٦٦

"المهر والزوج، فهل يتحالفان؟ اختلف أصحابنا فمنهم من قال: يحلف الزوج وتوقف يمين الزوجه إلى أن تبلغ أو تفيق، ولا يحلف الولى لان النيات لا تدخل في اليمين، وحمل النص على أنه أراد به العطف على قوله، وبدأت بيمين الزوج مع الكبيرة ثم مع أبي الصغيرة، وذهب أبو العباس وأبو إسحاق وأكثر أصحابنا إلى أن الاب والجد يحلفان مع الزوج على ظاهر قول الشافعي رحمه الله وهو الصحيح، لانه عاقد فحلف كما لو وكل رجل ببيع سلعة فاختلف هو والمشترى فانه يحلف، إذا ثبت هذا فإن التحالف بينهما إنما يتصور بشرطين.

(أحدهما)

إذا ادعى الاب والجد أنه زوجها بأكثر من مهر المثل، وادعى الزوج أنه انما تزوجها بمهر المثل، فأما إذا اختلفا في مهر المثل أو أقل منه فلا تحالف بينهما لانها إذا زوجها بأقل من مهر المثل ثبت لها مهر المثل.

(والثانى)

إذا كانت المنكوحة عند الاختلاف صغيرة أو مجنونة، فأما إذا بلغت أو أفاقت قبل التحالف فان عامة أصحابنا قالوا: لا يحلف الولى لانه لو أقر عنها بما يدعى الزوج لم يقبل في هذه الحاله بخلاف ما قبل البلوغ والافاقة، فانه لو أقر بما يدعى الزوج من مهر المثل قبل اقراره، وقال القاضى أبو الطيب والشيخ أبو إسحاق: يقبل حلف الولى، لان الوكيل يحلف وان لم يقبل اقراره فكذلك الولى ههنا.

(فرع)

إذا ادعت المرأة أنه عقد عليها النكاح يوم الخميس بعشرين ثم عقد عليها يوم الجمعه بثلاثين وأقامت على ذلك بينة وطلبت المهرين.

قال الشافعي رضى الله عنه: فهما لها، لانه يجوز أن يكون تزوجها يوم الخميس بعشرين ثم خالعها بعد الدخول

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٦٦/١٦

ثم تزوجها وطلقها قبل الدخول ثم تزوجها فيلزمه المهران، فان قال الزوج: انما عقدت يوم الجمعة تكرارا وتأكيدا فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر لزومها.

قال المزني: للزوج أن يقول: كان الفراق قبل النكاح الثاني قبل الدخول،

فلا يلزمه الا نصف الاول وجميع الثاني، لان القول قوله أنه لم يدخل في الاول قال أصحابنا: انما قصد الشافعي رحمه الله أن المهرين واجبان، فان ادعى سقوط نصف الاول بالطلاق قبل الدخول كان القول قوله، لان الاصل عدم الدخول." (١)

-٢٦٧

"قال المصنف رحمه الله تعالى:

باب الوليمة والنثر

الطعام الذى يدعى إليه الناس ستة: الوليمة للعرس، والخرس للولادة، والاعذار للختان، والوكيرة للبناء، والنقيعة لقدوم المسافر، والمأدبة لغير سبب ويستحب ما سوى الوليمة لما فيها من إظهار نعم الله والشكر عليها، واكتساب الاجر والمحبة، ولا تجب، لان الايجاب بالشرع ولم يرد الشرع بإيجابه.

وأما وليمة العرس فقد اختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال: هي واجبة وهو المنصوص

لما روى أنس رضي الله عنه قال (تزوج عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: أولم ولو بشاة) ومنهم من قال: هي مستحبة لانه طعام لحادث سرور، فلم تجب كسائر الولائم، ويكره النثر لان التقاطه دناءة وسخف، ولانه يأخذه قوم دون قوم ويأخذه من غيره أحب.

(الشرح) حديث أنس رضي الله عنه رواه أحمد والبخاري ومسلم وأصحاب السنن الاربعة والدارقطني ونصه (أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن بن عوف أثر صفرة فقال ما هذا؟ قال: تزوجت إمرأة على وزن نواة من ذهب قال: بارك الله لك أولم ولو بشاة) ولم يقل أبو داود (بارك الله لك) وقد روى أحمد والشيخان من حديث أنس قال (ما أولم النبي صلى الله عليه وسلم على شئ من نسائه ما أولم على زينب. أولم بشاة) وعن أنس (أن النبي صلى الله عليه وسلم أولم على صفية بتمر وسويق) اخرجه اصحاب السنن إلا

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٨٢/١٦

النسائي، واخرجه ابن حبان، واخرج البخاري مرسلا عن صفية بنت شيبة (أولم النبي صلى الله عليه وسلم على بعض نسائه بمدين من شعير) وعن أنس في قصة صفية أن النبي صلى الله عليه وسلم (جعل وليمتها التمر والاقط والسمن) أخرجه الشيخان، وفى رواية عندهما ومسند أحمد (أقام بين خيبر والمدينة ثلاث ليال يبنى بصفيه فيدعون المسلمين إلى وليمته ماكان فيها خبز." (١)

-٢٦٨

"أجزاء فانقسم والموضع مقسم كمسجد والفاعل قاسم والمبالغة قسام والاسم القسم بكسر القاف والجمع أقسام مثل حمل وأحمال.

قوله (الانظار) أي التأخير.

قال: أنظرني إلى يوم يبعثون) قوله (نضوة الخلق) بكسر النون وسكون الضاد وسكون اللام.

أي هزيلة البدن، والنضو الثوب الخلق.

قوله (الاستحداد) هو حلق العانة استفعال من الحديد.

أما الاحكام، فإذا تزوج الرجل امرأة كبيرة أو صغيرة يمكن جماع مثلها بأن تكون ابنة ثمان سنين أو تسع، وسلم مهرها وطلب تسليمها، وجب تسليمها إليه لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا بنت سبع سنين وبنى بى وأنا ابنة تسع سنين.

وإن طلبت المرأة أو ولى الصغيرة من الزوج الامهال لاصلاح حال المرأة فقد قال الشافعي رحمه الله: يؤخر يوما ونحوه ولا يجاوز بها الثلاث.

وحكى الشيخ أبو حامد أن الشافعي رحمه الله في الاملاء قال: إذا دفع مهرها

أو مثلها يجامع فله أن يدخل بها ساعة دفع إليها المهر أحبوا أو كرهوا، **واختلف أصحابنا** فيها، فقال الشيخ أبو حامد: يجب على الزوج الامهال يوما واحدا، وما قال في الاملاء أراد به بعد الثلاث.

وقال القاضى أبو حامد: هل يجب عليه الامهال؟ فيه قولان

(أحدهما)

لا يجب عليه الامهال لانه قد تسلم العوض فوجب تسليم المعوض كالبيع

(والثانى)

(١) المجموع شرح المهذب ٣٩٢/١٦

يجب عليه الامهال لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (لا تطرقوا النساء ليلا) رواه أحمد والبخاري ومسلم من حديث جابر.

وعنه أيضا عندهم (كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة فلما قدمنا ذهبنا لندخل فقال: امهلوا حتى ندخل ليلا أي عشاء لكى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة) وعن جابر أيضا (نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يطرق الرجل أهله ليلا يتخونهم أو يطلب عثراتهم) رواه مسلم.

وعن أنس قال (أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يطرق أهله ليلا، وكان يأتيهم غدوة أو عشية)) وقال في المغنى للحنابلة إذا تزوج امرأة مثلها يوطأ فطلب تسليمها إليه وجب ذلك، وإن عرضت نفسها عليه لزمه تسلمها ووجبت نفقتها.

وإن طلبها فسألت الانظار أنظرت مدة جرت." (١)

-٢٦٩

"وإن كان طلب معاشه بالليل فعماد قسمته النهار، والمستحب أن يقسم مناوبة وهو أن يقيم عند واحدة ليلة ثم عند الاخرى ليلة، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل هكذا، ولانه اقرب إلى إيفاء الحق، وإن أراد أن يقسم لكل واحدة ليلتين أو ثلاثا جاز لان ذلك قريب إلى إيفاء الحق، وإن أراد أن يقيم عند كل واحدة أكثر من الثلاث فقد قال الشافعي في الاملاء: إن أراد أن يقسم لهن مياومة أو مشاهرة أومساناة كرهت له وأجزاه.

قال أصحابنا: يجوز له ما زاد على الثلاث برضاهن وأما بغير رضاهن فلا يجوز لانه كثير، ويدخل النهار في القسم لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لنسائه كل واحدة يوما وليلتها، غير أن سودة رضى الله عنها وهبت ليلتها لعائشة.

وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل إلى بيت حفصة فلم يصادفها، فقعد عند مارية فقالت: يا رسول الله في بيتى وفى يومى، فأضافت اليوم إليها، والاولى أن يجعل اليوم تابعا لليلة التى مضت قبله، لان الشهر هلالي، وإن جعل النهار تابعا لليلة التى بعده جاز.

(مسألة) إذا سافرت المرأة مع زوجها فلها النفقة والقسم لانها في مقابلة الاستمتاع وذلك موجود.

وهكذا إذا اشخصها من بلد إلى بلد لتعلة أو لحاجة فلها النفقة والقسم وان لم يكن معها.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٠٨/١٦

وإن سافرت لحاجة لها وحدها بإذنه ففيه قولان

(أحدهما)

لا نفقة لها ولا قسم لانها في مقابلة الاستمتاع وذلك متعذر منها.

(والثانى)

لها النفقة والقسم لانها غير ناشزة، فهو كما لو أشخصها لحاجة له والاول أصح (مسألة) وان كان عنده مسلمة وذمية سوى بينهما في القسم لقوله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) ولم يفرق، ولعموم الوعيد في حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم (من كانت له امرأتان يميل لاحداهما على الاخرى جاء يوم القيامة يجر أحد شقيه ساقطا أو مائلا) رواه أحمد وأصحاب السنن قال الشافعي في الام: وإذا كان له أربع زوجات فترك إحداهن من القسمة أربعين ليلة قضى لها عشر ليال.

واختلف أصحابنا في تأويله فقال أكثرهم: أراد أنه أقام عند كل واحدة من الثلاث عشرا.

ثم أقام عشرا وحده في بيت فيقضى للرابعة عشرا.

فأما لو أقام عند الثلاث أربعين قضى للرابعة ثلاث عشرة ليلة وثلثا." (١)

-٢٧٠

"القرعه، وان اختار أن يسافر بإثنتين وعنده أكثر أقرع بينهن، فإن خرجت قرعة السفر على اثنتين سافر بهما ويسوى بينهما في القسم في السفر، كما لو كان في الحضر.

وإذا سافر بها بالقرعه فإن كان السفر طويلا لم يلزمه القضاء للمقيمات.

وان كان السفر قصيرا ففيه وجهان.

(أحدهما)

لا يلزمه القضاء للمقيمات كالسفر الطويل

(والثانى)

يلزمه لانه في حكم الحضر.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٣١/١٦

هذا مذهبنا وقال داود: يلزمه القضاء المقيمات في الطويل والقصير.

دليلنا حديث عائشة أنها ذكرت السفر ولم تذكر القضاء، ولان المسافرة اختصت بمشقة السفر فاختصت بالقسم.

(فرع)

وان سافر بواحدة منهن من غير قرعة لزمه القضاء للمقيمات، وبه قال أحمد.

وقال مالك وأبو حنيفة لا يقضى.

دليلنا أنه خص بعض نسائه بمدة على وجه تلحقه فيه التهمة فلزمه القضاء كما لو كان حاضرا.

وقال المسعودي: فلو قصد الرجوع اليهن فهل تحتسب عليه المدة من وقت القصد.

فيه وجهان (فرع)

وإن سافر بواحدة منهن بالقرعة ثم نوى الاقامة في بعض البلاد

وأقام بها معه أو لم ينو الاقامة إلا أنه أقام بها أربعة أيام غير يوم الدخول ويوم الخروج قضى ذلك للباقيات، لانه إنما لم يجب عليه أن يقضى مدة السفر.

وهذا ليس بسفر، وإن سافر بها إلى بلد فلما بلغه عن له أن يسافر بها إلى بلد آخر فسافر بها لم يقض المقيمات لانه سفر واحد وقد أقرع له.

(فرع)

قال الشافعي رضى الله عنه (ولو أراد النقلة لم يكن له أن ينتقل بواحدة إلا أوفى البواقى مثل مقامه معها) **واختلف أصحابنا** في تأويلها فمنهم من قال: تأويلها إذا كان له نساء فأراد النقلة إلى بلد فينتقل بواحدة منهن ونقل الباقيات مع وكيله إلى ذلك البلد، فلما وصل إلى ذلك البلد أقام مع التى نقلها بعد السفر دون مدة السفر، لان مدة السفر لا تقضى.

وقال أبو إسحاق: تقضى مدة السفر ومدة الاقامه بعده، لانه أراد نقل جميعهن، فقد تساوت حقوقهن، فمتى خص واحدة بالكون معه لزمه أن يقضى للباقيات مدة الاقامه معها، كما لو أقام في الحضر معها بخلاف السفر بإحداهن، فعلى قول الاول يحتاج إلى القرعة وعلى قول أبى إسحاق لا تحتاج إلى قرعة." (١)

-٢٧١

(١) المجموع شرح المهذب ٤٤١/١٦

"(فصل)

ويصح الخلع بلفظ الخلع والطلاق، فإن خالعها بصريح الطلاق أو بالكناية مع النية فهو طلاق، لانه لا يحتمل غير الطلاق، فإن خالعها بصريح الخلع نظرت، فان لم ينو به الطلاق ففيه ثلاثة أقوال

(أحدهما)

أنه لا يقع به فرقة، وهو قوله في الام، لانه كناية في الطلاق من غير نية فلم يقع بها فرقة، كما لو عريت عن العوض

(والثاني)

أنه فسخ، وهو قوله في القديم، لانه جعل للفرقة فلا يجوز أن يكون طلاقا، لان الطلاق لا يقع إلا بصريح أو كناية مع النية، والخلع ليس بصريح في الطلاق ولا معه نية الطلاق، فوجب أن يكون فسخا.

(والثالث) أنه طلاق، وهو قوله في الاملاء، وهو اختيار المزني، لانها إنما بذلت العوض للفرقة، والفرقة التى يملك إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ، فوجب أن يكون طلاقا، فإن قلنا إنه فسخ صح بصريحه، وصريحه الخلع والمفاداة، لان المفاداة ورد بها القرآن، والخلع ثبت له العرف، فإذا خالعها بأحد هذين اللفظين انفسخ النكاح من غير نية، وهل يصح الفسخ بالكناية كالمباراة والتحريم وسائر كنايات الطلاق، فيه وجهان

(أحدهما)

لا يصح لان الفسخ لا يصح تعليقه على الصفات فلم يصح بالكناية

كالنكاح

(والثاني)

يصح لانه أحد نوعي الفرقة فانقسم لفظها إلى الصريح والكناية كالطلاق، فعلى هذا إذا خالعها بشئ من الكنايات لم ينفسخ النكاح حتى ينويا.

**واختلف أصحابنا** في لفظ الفسخ، فمنهم من قال هو كناية لانه لم يثبت له عرف في فرقة النكاح، ومنهم من قال هو صريح لانه أبلغ في معنى الفسخ من لفظ الخلع، وان خالع بصريح الخلع ونوى به الطلاق - فان قلنا بقوله في الاملاء - فهو طلاق، لانه إذا كان طلاقا من غير نية الطلاق فمع النية أولى، وان قلنا بقوله في الام فهو طلاق، لانه كناية في الطلاق اقترنت به نية الطلاق، وان قلنا بقوله في القديم ففيه وجهان

(أحدهما)

أنه طلاق لانه يحتمل الطلاق، وقد اقترنت به نية الطلاق

(والثانى)

أنه فسخ لانه على هذا القول صريح في فسخ النكاح فلا يجوز أن يكون كناية في حكم آخر من النكاح كالطلاق لما كان صريحا في فرقة النكاح لم يجز أن يكون كناية في الظهار." (١)

-٢٧٢

"بالعوض كالولاء في العتق، وهذا خطأ لانه يبطل به إذا وهب بعوض، فإن الرجوع من مقتضى الهبة وقد سقط بالعوض، ويخالف الولاء، فان باثباته لا يملك ما اعتاض عليه من الرق، وباثبات الرجعة يملك ما اعتاض عليه من البضع.

(فصل)

وإن طلقها بدينار على أن له الرجعة سقط الدينار وثبتت له الرجعة، وقال المزني: يسقط الدينار والرجعة ويجب مهر المثل كما قال الشافعي فيمن خالع إمرأة على عوض، وشرطت المرأة أنها متى شاءت استرجعت العوض وثبتت الرجعة أن العوض يسقط، ولا تثبت الرجعة، وهذا خطأ، لان الدينار والرجعة شرطان متعارضان فسقطا وبقى طلاق مجرد فثبتت معه الرجعة، فأما المسألة لتى ذكرها الشافعي رحمه الله فقد **اختلف أصحابنا** فيها، فمنهم من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الاخرى، وجعلهما على قولين ومنهم من قال: لا تثبت الرجعة هناك، لانه قطع الرجعة في الحال، وإنما شرطت أن تعود فلم تعد وههنا لم يقطع الرجعة فثبتت.

(الشرح) الاحكام: إذا خالع إمرأته لم يلحقها ما بقى من عدد الطلاق، سواء قلنا الخلع طلاق أو فسخ.

وسواء طلقها في العدة أو في غيرها، وسواء طلقها بالصريح أو بالكناية مع البينة، وبه قال ابن عباس وعروة بن الزبير وأحمد واسحاق، وقال سفيان الثوري وأبو حنيفة وأصحابه يلحقها الطلاق ما دامت في العدة ولا يلحقها بعد العدة ولا يلحقها الطلاق بالكناية بحال.

وقال مالك والحسن البصري: يلحقها الطلاق عن قرب ولا يلحقها عن بعد فالقرب عند مالك أن يكون الطلاق متصلا بالخلع والحسن البصري يقول: إذا طلقها في مجلس الخلع لحقها.

وإن طلقها بعده لم يلحقها.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٤/١٧

دليلنا أنه لا يملك رجعتها فلم يلحقها طلاقه كالاجنبية.
أو نقول: لان من لا يصح طلاقها بالكناية مع البينه لم يصح طلاقها بالصريح.
كما لو انقضت عدتها.
أو من لا يلحقها الطلاق بعضو لم يلحقها بغير عوض كالاجنبيه، (فرع)
ولا يثبت للزوج الرجعة على المختلعة سواء خالعها بلفظ الخلع." (١)
-٢٧٣
"خالا صح.
وإن قيد له العوض بأن قال: خالع عنى بمائة فإن خالعها جاز لانه فعل ما أذن له فيه، وإن خالع بأكبر منها صح، لانه زاد خيرا، وإن خالع بما دون المائة فنص الشافعي أن الطلاق لا يقع لانه أذن له في ايقاع الطلاق على شئ مقدر، فإذا أوقعه على صفة دونها لم يصح كما لو خالع بخمر أو خنزير.
واختلف أصحابنا فيها، فمنهم من قال: القولين إذا لم يقدر له العوض فخالع على أقل من مهر المثل إلى هذه، وجوابه في هذه إلى تلك، وقال فيها ثلاثة أقوال، وهو اختيار الشيخ أبي اسحاق.
(أحدها) يقع الطلاق فيهما بائنا ويلزمه مهر المثل.

(والثانى)
يثبت للزوج فيها الخيار بين أن يرضى بالعوض المسمى في العقد فيهما ويكون الطلاق بائنا، وبين أن لا يرضى به ويكون الطلاق رجعيا.
(والثالث) لا يقع فيهما طلاق ووجهها ما ذكرناه، لان الوكالة المطلقة
تقتضي المنع من النقصان عن مهر المثل كما أن الوكالة المقيدة تقتضي المنع من النقصان عن العوض المقيد، ومنهم من حملهما على ظاهرهما فجعل الاوله على قولين، والثانية على قول واحد ولم يذكر الشيخ أبو حامد في التعليق غيره، لانه إذا قيد له العوض في الف فخالع بأقل منه فقد خالف نص قوله، فنقض فعله كالمجتهد إذا خالف النص، وإذا أطلق الوكالة فإنما علمنا أن الاطلاق يقتضى مهر المثل من طريق الاجتهاد فإذا أدى الوكيل اجتهاده إلى المخالعة بأقل منه لم ينقض كما لا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد.

(١) المجموع شرح المهذب ٣١/١٧

قال ابن الصباغ وهذه الطريقة ظاهر كلام الشافعي والاولة أقيس والاقيس من الاقوال: أن لا يقع الطلاق.

(فرع)

إذا وكله أن يطلق أو يخالع يوم الجمعة، فطلق أو خالع يوم الخميس لم يصح لانه إذا طلقها يوم الجمعة كانت مطلقة يوم السبت، وإذا طلقها يوم الجمعة لم تكن مطلقة يوم الخميس فكان الموكل قد رضى بطلاقها يوم السبت، وإذا طلقها يوم الجمعة لم تكن مطلقه يوم الخميس فكأن الموكل قد رضى بطلاقها يوم السبت ولم يرض بطلاقها يوم الخميس.." (١)

-٢٧٤

"فإن قال إن أعطيتني ألفا فأنت طالق ثلاثا، فأعطته بعض الالف لم يقع شئ، لان ما كان من جهته طريقه الصفات، ولم توجد الصفة فلم يقع، وما كان من جهتها طريقه الاعواض، فقسم على عدد الطلاق، وإن بقيت له على امرأته طلقة فقالت له طلقني ثلاثا ولك على ألف، فطلقها واحدة، فالمنصوص أنه يستحق الالف.

**واختلف أصحابنا** فيه فقال أبو العباس وأبو إسحاق: المسألة مفروضة في امرأة علمت أنه لم يبقى لها إلا طلقة، فيكون معنى قولها طلقني ثلاثا أي كمل لى الثلاث، كرجل أعطى رجلا نصف درهم، فقال له اعطني درهما أي كمل لى درهما، وأما إذا ظنت أن لها الثلاث لم يجب أكثر من ثلث الالف لانها بذلت الالف في مقابلة الثلاث فوجب أن يكون لكل طلقة ثلث الالف.

ومن أصحابنا من قال يستحق الالف بكل حال لان القصد من الثلاث تحريمها إلى أن تنكح زوجا عيره، وذلك يحصل بهذه الطلقة فاستحق بها الجميع، وقال المزني رحمه الله: لا يستحق إلا ثلث الالف علمت أو لم تعلم، لان التحريم يتعلق بها وبطلقتين قبلها، كما إذا شرب ثلاثة أقداح فسكر كان السكر بالثلاث، وإذا فقا عين الاعور كان العمى بفقء الباقية وبالمفقوءة قبلها، وهذا خطأ لان لكل قدح تأثيرا في السكر، ولذهاب العين الاولى تأثيرا في العمى، ولا تأثير للاولى والثانية في التحريم، لانه لو كان لهما تأثير في التحريم لكمل، لانه لا يتبعض وان ملك عليه ثلاث تطليقات فقالت له طلقني طلقة بألف فطلقها ثلاثا استحق الالف لانه فعل ما طلبته وزيادة، فصار كما لو قال من رد عبدى فلانا فله دينار فرده مع عبدين آخرين فإن قالت طلقني عشرا بألف فطلقها واحدة ففيه وجهان

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٦/١٧

(أحدهما)

يجب له عشر الالف لانها جعلت لكل طلقة عشر الالف

(والثانى)

يجب له ثلث الالف لان ما زاد على الثلاث لا يتعلق به حكم، وان طلقها ثلاثا فله على الوجه الاول ثلاثة أعشار الالف، وعلى الوجه الثاني له جميع الالف، وان بقت له طلقة فقالت له: طلقني ثلاثا على ألف، طلقة أحرم بها عليك وطلقتين في نكاح آخر إذا نكحتنى، فطلقها ثلاثا، وقعت طلقة ولا يصح ما زاد لانه سلف في." (١)

-٢٧٥

"الطلاق، ولانه طلاق قبل النكاح، فإن قلنا إن الصفقة لا تفرق سقط المسمى ووجب مهر المثل، وإن قلنا تفرق الصفقة ففيما يستحق قولان

(أحدهما)

ثلث الالف

(والثانى)

جميع الالف كما قلنا في البيع (الشرح) الاحكام: إن قال أنت طالق ثلاثا بألف فقالت قبلت واحدة بثلث الالف.

قال ابن الحداد: لم يقع الطلاق ولم يلزمها شئ لانه لم يرض بانقطاع رجعته عنها إلا بألف فلا ينقطع بما دونه. وإن قالت: قبلت واحدة بألف قال ابن الحداد وقعت عليها طلقة واحدة واستحق عليها الالف لانها زادته خيرا.

وقال بعض أصحابنا بل يقع عليه ثلاث طلقات بالالف لان انقطاع الطلاقى إليه دونها وإنما إليها قبول العوض وقد وجد منه إيقاع الثلاث فوقعن

وإن قال أنت طالق ثلاثا بألف فقالت قبلتها بخمسمائة لم يصح الطلاق، ولم يلزمها عوض لانه لم يرض وقوع الطلاق عليها بأقل من ألف ولم تلتزم له بالالف وان قالت طلقني ثلاثا بألف فقال أنت طالق ثلاثا بألف ودينار أو بألفين لم يقع عليها الا أن تقول عقب قوله قبلت لانها لم ترض بالتزام أكثر من الالف، ولم يرض

(١) المجموع شرح المهذب ٤٢/١٧

بإيقاع الطلاق الا بأكثر من الف وان قالت طلقني ثلاثا بألف فقال أنت طالق ثلاثا بخمسمائة أو قالت طلقني بألف ولم تقل ثلاثا، فقال أنت طالق بخمسمائة وقع عليها الثلاث في الاولة، وفى الثانية ما نوى ولم يلزمها الا خمسمائة فيهما، لانه زادها بذلك خيرا، لان رضاها بألف رضى بما دونه، هكذا ذكر القاضى ابو الطيب وقال إذا قال طلقتك على ألف فقالت قبلت بألفين وقع عليها الطلاق ولم يلزمها إلا ألف.

وقال المسعودي إذا قال خالعتك بألف فقالت اختلعت بألفين لم تقع الفرقة، لان من شرط القبول أن يكون على وفق الايجاب (فرع)

إذا بقى له على امرأته طلقة فقالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة قال الشافعي استحق عليها الالف، واختلف أصحابنا فيه، فقال أبو العباس وأبو إسحاق هذه مفروضة في امرأة تعلم انه ما بقى عليها إلا واحدة، فيكون معنى قولها طلقني ثلاثا أي أكمل لى الثلاث فيلزمها، فأما إذا كانت لا تعلم ذلك فلا." (١)

-٢٧٦

"(مسأله) ولا يصح طلاق الصبى والنائم والمجنون.

وقال أحمد في إحدى الروايتين: إذا عقل الصبى الطلاق وقع.

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة، عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق، ولا يصح طلاق المعتوه ومن زال عقله بمرض أو بسبب مباح لما روى جابر إن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه والصبى ولانه يلفظ بالطلاق ومعه علم ظاهر يدل على قدر قصده بوجه هو معذور فيه فلم يقع طلاقه كالطفل.

(فرع)

وان شرب خمرا أو نبيذا فسكر فطلق في حال سكره فالمنصوص أن طلاقه يقع.

وحكى المزني أنه قال في القديم " في ظهار السكران قولان " فمن أصحابنا من قال.

إذا ثبت هذا كان في طلاقه أيضا قولان.

(أحدهما)

لا يقع واليه ذهب ربيعة والليث وداود وأبو ثور والمزنى، لانه زال عقله فأشبه المجنون.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٣/١٧

(والثانى)

يقع طلاقه لقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى " فخاطبهم في حال السكر فدل على أن السكران مكلف.

وروى أن عمر رضى الله عنه استشار الصحابة رضى الله عنهم وقال ان الناس قد تباغوا في شرب الخمر واستحقروا حد العقوبة فيه، فما ترون؟ فقال على انه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فحده حد المفترى، فلولا أن لكلامه حكما لما زيد في حده لاجل هذيانه.

وقال أكثر أصحابنا: يقع طلاقه قولا واحدا لما ذكرناه من الآية والاجماع.

**واختلف أصحابنا** في نيته فمنهم من قال: لان سكره لا يعلم الا من جهته وهو متهم في دعوى السكر لفسقه، فعلى هذا يقع الطلاق في الظاهر وليس فيما بينه

وبين الله تعالى.

ومنهم من قال يقع الطلاق تغليظا عليه، فعلى هذا يقع منه كل ما فيه تغليظ عليه كالطلاق والردة والعتق، وما يوجب الحد، ولا يقع ما فيه تخفيف كالكناح والرجعة وقبول الهبة، ومنهم من قال لما كان سكره معصية سقط حكمه، فجعل كالصاحي، فصح منه الجميع.." (١)

-٢٧٧

"وقال أبو حنيفة والثوري والنخعي والشعبي: يقع طلاقه.

دليلنا ما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " وروى عن عائشة رضي الله عنها " أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا طلاق ولا عتاق في اغلاق " رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه وأبو يعلى والحاكم والبيهقي وصححه الحاكم، والاغلاق بكسر الهمزة وسكون الغين فسره علماء الغريب بالاكراه، روى ذلك في التلخيص الحبير عن ابن قتيبة والخطابى وابن السيد وغيرهم، وقيل: الجنون، واستبعده المطرزى.

وقال أبو عبيدة: الاغلاق التضييق.

وقد استدل بهذا الحديث من قال بعدم صحة طلاق المكره، وبه قال جماعة ما أهل العلم، وحكى ذلك عمن

---

(١) المجموع شرح المهذب ٦٢/١٧

ذكرناهم، ولانه قول حمل عليه بغير حق، فلم يصح كما لو أكره على الاقرار بالطلاق، وقولنا: بغير حق احتراز ممن أكرهه الحاكم على الطلاق.

إذا ثبت هذا: فلا يكون مكرها حتى يكون المكره له قاهرا له لا يقدر على الامتناع منه، وإن غاب على ظنه أنه إذا لم يطلق فعل به ما أوعده به، فإن أوعده بالقتل أو قطع طرف، كان ذلك مكرها، وان أوعده بالضرب أو الحبس أو الشتم أو أخذ المال، **فاختلف أصحابنا** فيه، فقال أبو إسحاق: إن ذلك لا يقع به الاكراه.

وقال عامة أصحابنا – وهو المذهب – ان أوعده بالضرب والحبس والشتم – فان كان المكره من ذوى الاقدار والمرءوة ممن يؤثر ذلك تأثيرا بالغا في حاله كان اكراها له، لان ذلك يسيئه.

وان كان من العوام، أو سخفاء الرعاع، لم يكن ذلك اكراها في حقه، لانه لا يبالى به، وان أوعده بأخذه القليل من ماله مما لا يبين عليه، لم يكن اكراها،

وان أوعده بأخذ ماله أو أكثره كان مكرها، وان أوعده باتلاف الولد، ففيه وجهان حكاهما المسعودي، وان أوعده بالنفى عن البلد، فان كان له أهل في البلد كان ذلك اكراها، وان لم يكن له أهل ففيه وجهان.." (١)

-٢٧٨

"أو يجعل الطلاق إليها فتقول: أنت طالق، لانه أحد الزوجين فجاز إضافة الطلاق إليه كالزوجة.

**واختلف أصحابنا** في إضافة العتق إلى المولى، فمنهم من قال يصح.

وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لانه إزالة ملك يجوز بالصريح والكناية، فجاز إضافته إلى المالك كالطلاق وقال أكثر أصحابنا: لا يصح، والفرق بينه وبين الطلاق أن الطلاق يحل النكاح وهما مشتركان في النكاح، والعتق يحل الرق، والرق يختص به العبد.

والله تعالى أعلم.

(الشرح) حديث عائشة رضي الله عنها رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد في مسنده بلفظ " خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يعدها شيئا " وفى رواية عندهم الا أبا داود بلفظ " قالت: لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بى، فقال انى ذاكر لك أمرا فلا عليك ان لا تعجلى حتى تستأمرى أبويك، قالت: وقد علم ان أبوى لم يكونا ليأمراني بفراقه.

قالت: ثم قال: ان الله عز وجل قال لى: يا أيها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا – الآية – وان

---

(١) المجموع شرح المهذب ٦٧/١٧

كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة – الايه – قالت فقلت: في هذا استأمر ابوى؟ فإنى أريد الله ورسوله والدار الاخرة.

قالت: ثم فعل أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل ما فعلت " قوله " خيرنا " في لفظ لمسلم " خير نساءه " وقوله " فلم يعدها شيئا " بتشديد الدال من العدد.

وفى رواية " فلم يعدد " بفك الادغام.

وفى اخرى " فلم يعتد بسكون العين فتح المثناة وتشديد الدال من الاعتداد، وفى رواية لمسلم " فلم يعده طلاقا " وفى رواية للبخاري " افكان طلاقا؟ " على طريقة الاستفهام الانكارى.

وفى رواية لاحمد " فهل كان طلاقا " وكذا للنسائي وقد استدل بهذا من قال: انه لا يقع بالتخيير شئ إذا اختارت الزوج.

وبه قال جمهور الصحابة والتابعين وفقهاء الامصار، لكن اختلفوا فيما إذا اختارت نفسها هل يقع طلقة واحدة رجعية أو بائنة، أو يقع ثلاثا؟ فحكى." (١)

-٢٧٩

"هل هو بمعنى التمليك أو بمعنى التوكيل.

وللشافعي فيه قولان، المصحح عند أصحابه أنه تمليك، وهو قول المالكية بشرط المبادرة منها حتى لو تراخت بمقدار ما ينقطع القبول عن الايجاب ثم طلقت لم يقع.

وفى وجه لا يضر التأخير مادام المجلس، وبه جزم ابن القاص من أصحابنا وهو الراجح من مذهب مالك ومذهب

أبى حنيفة.

وهو قول الثوري والليث والاوزاعي وقال ابن المنذر الراجح أنه لا يشترط فيه الفور، بل متى طلقت نفذ، وهو قول الحسن والزهرى، وبه قال أبو عبيدة ومحمد بن نصر من أصحابنا والطحاوى من أصحاب ابى حنيفة.

واحتجوا بحديث عائشة وفيه " إنى ذاكر لك أمرا فلا عليك أن لا تعجلى حتى تستأمرى أبويك، وذلك يقتضى عدم اشتراط الفور في جواب التخيير، قال الحافظ بن حجر ويمكن أن يقال يشترط الفور في جواب التخيير إلا أن يقع التصريح من الزوج بالفسحة لامر يقتضى ذلك فيتراخى، كما وقع في قصة عائشة ولا يلزم

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩٠/١٧

ذلك أن يكون كل خيار كذلك وقد قال الشافعي رضى الله عنه لا أعلم خلافا أنها ان طلقت نفسها قبل أن يفترقا من المجلس ويحدثا قطعا أن الطلاق يقع عليها، **فاختلف أصحابنا** فيه فقال ابن القاص إذا فوض إليها طلاق نفسها فلها أن تطلق نفسها مادام في المجلس، ولم تخض في حديث آخر فإن خاضت في حديث آخر وقامت من ذلك المجلس لم يكن لها أن تطلق نفسها وبه قال أبو حنيفة.

وقال أبو إسحاق لا يتقدر بالمجلس، بل ان طلقت نفسها عقيب قوله بحيث يكون جوابا لكلامه وقع الطلاق، لانه نوع تمليك، وان أخرته عن ذلك ثم طلقت لم يقع الطلاق لانه نوع تمليك فكان قبوله على الفور كسائر التمليكات، وحمل النص على أنه أراد مجلس خيار القبول لا مجلس العقود – هذا ترتيب الشيخ أبي حامد.." (١)

-٢٨٠

"من غير نية كسائر الكنايات، وان قال له رجل: ألك زوجة؟ فقال لا، فإن لم ينو به الطلاق لم تطلق، لانه ليس بصريح، وان نوى به الطلاق وقع لانه يحتمل الطلاق

(فصل)

**واختلف أصحابنا** في الوقت الذى تعتبر فيه النية في الكنايات، فمنهم من قال إذا قارنت النية بعض اللفظ من أوله أو من آخره وقع الطلاق كما أن في الصلاة إذا قارنت النية جزءا منها صحت الصلاة، ومنه من قال لا تصح حتى تقارن النية جميعها، وهو أن ينوى ويطلق عقيبها، وهو ظاهر النص لان بعض اللفظ لا يصلح للطلاق فلم تعمل النية معه، فأما الصلاة فلا تصح حتى

تقارن النية جميعها بأن ينوى الصلاة ويكبر عقيبها، ومتى خلا جزء من التكبير عن النية لم تصح صلاته.

(فصل)

وأما ما لا يشبه الطلاق ولا يدل على الفراق من الالفاظ، كقوله اقعدي واقربي واطعمي واسقيني، وما أحسنك وبارك الله فيك وما أشبه ذلك فإنه لا يقع به الطلاق وان نوى، لان اللفظ لا يحتمل الطلاق، فلو أوقعنا الطلاق لاوقعناه بمجرد النية، وقد بينا أن الطلاق لا يقع بمجرد النية

(فصل)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩٢/١٧

**واختلف أصحابنا** في قوله: أنت الطلاق.

فمنهم من قال: هو كناية، فإن نوى به الطلاق فهو طلاق لانه يحتمل أن يكون معناه أنت طالق، وأقام المصدر مقام الفاعل كقوله تعالى " أرأيتم ان أصبح ماؤكم غورا " أراد غائرا وان لم ينو لم يقع، لان قوله أنت الطلاق لا يقتضى وقوع الطلاق.

ومنهم من قال هو صريح ويقع به الطلاق من غير نيه، لان لفظ الطلاق يستعمل في معنى طالق، والدليل عليه قول الشاعر: أنوهت باسمى في العالمين

* وأفنيت عمرى عاما فعاما فأنت الطلاق وأنت الطلاق

* وأنت الطلاق ثلاثا تماما وقال آخر: فإن ترفقي يا هند فالرفق أيمن

* وان تخرقى يا هند فالخرق آلم فأنت الطلاق والطلاق عزيمة

* ثلاثا ومن يخرق أعق وأظلم فبيني بها ان كنت غير رفيقة

* فما لامرئ بعد الثلاثه مقدم." (١)

-٢٨١

"من الكنايات فقال الزوج نعم، فإن اعترف الزوج أنه نوى الطلاق بذلك كان إقرارا منه بالطلاق، وإن لم يعترف أنه نوى بذلك الطلاق لم يلزمه شئ اه (فرع)

وإذا خاطبها بشئ من الكنايات التى يقع بها الطلاق بأن قال: أنت خلية، فإن لم ينو الطلاق في اللفظ وإنما نواه قبله أو بعده لم يكن لهذه النية حكم

لانها لم تقارن اللفظ ولا بعضه، فهو كما لو نوى الطلاق من غير لفظ، وإن نوى الطلاق في بعض اللفظ بأن نوى الطلاق في قوله: أنت - وعريت نيته في قوله خلية، أو نوى الطلاق في قوله خلية دون قوله أنت، أو نوى في سائر حروف ذلك، ففيه وجهان

(أحدهما)

يقع الطلاق - قال الشيخ أبو حامد وهو المذهب، لان النية إذا قارنت بعض الشئ عمته أو استصحب حكمها إلى آخره وإن عريت في أثنائه صح كالعبادات من الطهارة والصلاة إذا قارنها النية في أولها، ذكرا واستصحب حكمها في باقيها.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٠٢/١٧

(والثاني)

لا يطلق.

قال الشيخ ابو اسحاق: وهو ظاهر النص، لان النية قارنت لفظا لا يصلح للطلاق.

وأما الالفاظ التى لا تدل على الفراق إذا خاطبها به، كقوله بارك الله منك وما أحسن وجهك وأطعميني واسقيني.

قومي واقعدى وما أشبه ذلك فلا يقع به الطلاق وإن نواه، لانها لا تصلح للفرقه، فلو أوقعنا الطلاق بذلك لاوقعنا الطلاق بمجرد النية، والطلاق لا يقع بالنية من غير لفظ، **واختلف أصحابنا** هل للفارسية صريح في الطلاق؟ فذهب أكثرهم إلى أن له صريحا في لغتهم كما نقول في لغة العرب.

وقال أبو سعيد الاصطخرى: لا صريح له في لغتهم ومثل هذا يقال في اللغة الانجليزية كقوله " توبى دايفور سد " فإنها تحتمل الطلاق فإذا نواه من لا يتكلم إلا بالانجليزية أو يتكلم بغيرها مخاطبا زوجته التى لا تفهم إلا الانجليزية وقع الطلاق ومثل هذا يقال في اللغة الفرنسية إذا قال من لا يتكلم الا بها " رنفوييه " أو يتكلم بغيرها لمن لا تحسن التخاطب الا بها فإنه يقع طلاقه إذا نواه.

والله أعلم." (١)

-٢٨٢

"وأما إذا قال لامته: أنت حرام على - فإن نوى عتقها عتقت، وان نوى الظهار أو أراد به الطلاق أو كليهما فقد قال عامة أصحابنا: لا يلزمه شئ، لان الطلاق والظهار لا يصحان من السيد في أمته.

وقال ابن الصباغ: عندي أنه إذا نوى الظهار لا يكون ظهارا أو يكون بمنزلة ما لو نوى تحريمها، لان معنى الظهار أن ينوى أنها عليه كظهر أمه في التحريم، وهذه نية التحريم المتأكد، وان نوى تحريم عينها وجب عليه كفارة اليمين.

وان طلق ولم ينو شيئا **فاختلف أصحابنا** فيه، فمنهم من قال فيه قولان كالزوجه، ومنهم من قال تجب الكفارة قولا واحدا، لان النص ورود فيها والزوجه مقيسه عليها، فهذا جملة المذهب وقد اختلف الصحابة فيمن قال

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٠٨/١٧

لزوجته: أنت على حرام، واختلف فقهاء الامصار في هذ المسألة حتى ذهبوا فيها عشرين مذهبا.
فذهب أبو بكر الصديق رضى الله عنه وعائشة إلى أن ذلك يمين تكفر.
وبه قال الاوزاعي.
وقال عمر ابن الخطاب طلقه رجعيه وبه قال الزهري.
وقال عثمان هو ظهار، وبه قال أحمد وقال هو ظهار بإطلاقه نواه أو لم ينوه إن لم يصرفه بالنية إلى الطلاق أو اليمين فينصرف إلى ما نواه.
هذا ظاهر مذهب أحمد وعنه روايه ثانيه أنه بإطلاقه يمين الا أن يصرفه بالنيه إلى الظهار أو الطلاق فينصرف إلى ما نواه.
وعنه رواية ثالثه أنه ظهار بكل حال.
ولو نوى غيره، وفيه رواية رابعه حكاها أبو الحسين في فروعه أنه طلاق بائن، ولو وصله بقوله أعنى به فعنه فيه روايتان: أحداهما أنه طلاق فعلى هذا هل تلزمه الثلاث أو واحدة على روايتين، والثانيه أنه ظهار أيضا، كما لو قال أنت على كظهر أمي، أعنى به الطلاق.
هذا ملخص مذهبه كما أفاده ابن القيم في الهدى.
وقال على بن أبي طالب وزيد بن ثابت وابو هريرة: يقع به الطلاق الثلاث.
ذكر هذا العمراني في البيان، ونعى ابن القيم على ابن حزم عزوه هذا
القول إلى على وزيد بن ثابت وابن عمر فقال: الثابت ما رواه هو من طريق الليث بن سعد عن يزيد بن أبي حبيب عن ابى هبيرة عن قبيصه انه سأل زيد بن ثابت وابن عمر عمن قال لامرأته: أنت على حرام، فقالا جميعا كفارة يمين،." (١)

-٢٨٣

"إياه، وإن كتب: إذا وصلك كتابي هذا سليما فأنت طالق.
ونواه - فإن وصلها سليما لوجود الصفة، وإن ضاع الكتاب ولم يصلها لم يقع الطلاق، لان الصفة لم توجد، وإن أتاها الكتاب - وقد تحرقت الحواشى - وقع عليها الطلاق لان الحرق لم يتناول الكتابة.
وإن وصلها الكتاب وقد انمحى جميع الكتاب حتى صار القرطاس أبيض أو انطمس حتى لا يفهم منه شئ لم

(١) المجموع شرح المهذب ١١٤/١٧

يقع الطلاق، لان الكتاب هو المكتوب: وإن انمحى موضع الطلاق لم تطلق لان المقصود لم يأتها، وإن انمحى جميعه إلا موضع الطلاق – **اختلف أصحابنا** – فقال أبو إسحاق المروزى: يقع الطلاق لان المقصود من الكتاب موضع الطلاق.

وقد أتاها.

ومنهم من قال لا يقع لان قوله كتابي هذا.

يقتضى جميعه ولم يوجد ذلك، وإن قال إذا أتاك كتابي فأنت طالق، وأتاها الكتاب، وقع عليها الطلاق لوجود الصفتين (فرع)

قال المسعودي: إذا قال: إذا قرأت كتابي فأنت طالق، فلا تطلق ما لم تقرأه بنفسها ان كانت تحسن القراءة أو يقرأ عليها ان كانت أمية.

وحكى الصيمري وجها آخر: إذا قرئ عليها لم تطلق، لان حقيقة الوصف لم توجد (فرع)

قال الشافعي رضى الله عنه " وإذا شهد عليه أنه خطه لم يلزمه حتى يقربه " وهذا كما قال، فإنه إذا شهد رجلان على رجل بأن هذا الكتاب خطه بطلاق امرأته فلا يجوز لهما أن يشهدا الا إذا رأياه يكتبه ولم يغب الكتاب عن أعينهما فأما إذا رأياه يكتبه ثم غاب الكتاب عن أعينهما لم يجز لهما أن يشهدا به، لان الخط قد يزور على الخط.

وإذا ثبت أنه خطه بالشهادة أو بالاقرار لم يحكم عليه

الطلاق الا إذا أقر أنه نوى الطلاق، لان ذلك لا يعلم الا من جهته، وهذا بامراد الشافعي بقوله: حتى يقر به (مسألة) قوله: فان أشار إلى الطلاق الخ، وهذا كما قال، فإن أشار الناطق إلى الطلاق ونواه لم يقع الطلاق به، لان ذلك ليس بصريح ولا كناية.

هذا هو المشهور.

وقال أبو على في الافصاح: إذا قلنا ان الكتابة كناية ففى الاشارة وجهان

(أحدهما)

أنه كناية لانه علم يعلم به المراد فهو كالكناية

(والثانى)

أنه ليس بكناية لانه ليس من الاعلام الجارية فيما بينهم في فهم المراد.." (١)

-٢٨٤

"وقال ابو حنيفة: تقع في قوله أكثر الطلاق واحدة بائنه، دليلنا عليه ما ذكرناه في قوله: ملء مكة

(مسألة) قوله: وإن قال للمدخول بها أنت طالق طلقة بعدها طلقه الخ.

وهذا كما قال.

وكذلك إذا قال للمدخول بها أنت طالق طلقه معها طلقه وقع عليها طلقتان في الحال.

وان قال أنت طالق طلقه بعدها طلقه وقع عليها طلقتان لان الجميع صادف الزوجية.

وإن قال أردت بقولى بعدها طلقه اوقعها فيما بعد لم يقبل في الحكم لانه يريد تأخير طلاق واقع في الظاهر.

ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال ما يدعيه وإن قال أنت طالق طلقه قبلها طلقه.

قال الشافعي وقع عليها طلقتان.

**واختلف أصحابنا** في كيفية وقوعها، فحكى الشيخ أبو إسحاق هنا في المهذب والمحاملى أن أبا إسحاق المروزى قال.

يقع عليها طلقتان (إحداهما) بقوله أنت طالق والاخرى قبلها بالمباشرة، لان الانسان يملك أن يعلق بالصفة طلاقا فيقع قبل الصفه.

كقوله أنت طالق قبل موتى بشهر ثم يموت بعد شهر.

وحكى الشيخ أبو حامد في التعليق أن أبا إسحاق قال يقع عليها طلقه بالمباشرة بقوله أنت طالق، وطلقه بالاخبار أنه طلقها.

وقال أبو على بن ابى هريرة: يقع عليها طلقتان معا، لانه لا يتقدم الوقوع على الايقاع.

هكذا حكى الشيخ أبو إسحاق الشيرازي عنه وسائر أصحابنا حكوا عنه انه قال: يقع عليها طلقه بقوله أنت طالق طلقه بعدها.

وقوله قبلها طلقه فعلى ما حكاه الشيخ أبو حامد عن أبي اسحاق المروزى يحكم عليه بوقوع الطلقه التى باشرها ظاهرا وباطنا وان قال: أردت بقولى قبلها طلقه في نكاح كنت نكحتها قبل هذا النكاح وطلقتها فيه،

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٢٠/١٧

فإن كان لما قاله أصل قبل منه، وان لم يكن له أصل لم يقبل منه ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وان قال أنت طالق طلقه قبلها وبعدها طلقه وقع عليها ثلاث طلقات، لان كل واحدة من النصفين يسرى، وحكى المحاملى من اصحابنا من قال: لا يقع عليها

الا طلقتان.

وليس بشئ." (١)

-٢٨٥

"(فصل)

ولا يصح الاستثناء في جميع ما ذكرناه الا أن يكون متصلا بالكلام، فإن انفصل عن الكلام من غير عذر لم يصح لان العرف في الاستثناء أن يتصل بالكلام، فإن انفصل لضيق النفس صح الاستثناء لانه كالمتصل في العرف ولا يصح الا أن يقصد إليه، فأما إذا كانت عادته في كلامه أن يقول: ان شاء الله، فقال ان شاء الله على عادته لم يكن استثناء، لانه لم يقصده، **واختلف أصحابنا** في وقت نية الاستثناء فمنهم من قال: لا يصح الا أن يكون ينوى ذلك من ابتداء الكلام، ومنهم من قال إذا نوى قبل الفراغ من الكلام جاز.

(فصل)

إذا قال: يا زانية أنت طالق ان شاء الله، أو أنت طالق يا زانية ان شاء الله رجع الاستثناء إلى الطلاق، ولا يرجع إلى قوله يا زانية لان الطلاق ايقاع فجاز تعليقه بالمشيئة، وقوله يا زانية صفة فلا يصح تعليقها بالمشيئة، ولهذا يصح أن يقول أنت طالق ان شاء الله ولا يصح أن يقول أنت زانية ان شاء الله وان كانت له امرأتان حفصة وعمرة، فقال حفصة وعمرة طالقان انشاء الله لم تطلق واحدة منهما، وان قال حفصة طالق وعمرة طالق ان شاء الله فقد قال بعض أصحابنا تطلق حفصة ولا تطلق عمرة، لان الاستثناء يرجع إلى ما يليه وهو طلاق عمرة، ويحتمل عندي أن لا تطلق واحدة منهما، لان المجموع بالواو كالجملة الواحدة.

(فصل)

وان طلق بلسانه واستثنى بقلبه نظرت فإن قال أنت طالق ونوى بقلبه ان شاء الله لم يصح الاستثناء ولم يقبل

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٣٩/١٧

في الحكم ولا يدين فيه، لان اللفظ أقوى من النية لان اللفظ يقع به الطلاق من غير نية، والنية لا يقع بها الطلاق من غير لفظ، فلو أعملنا النية لرفعنا القوى بالضعيف، وذلك لا يجوز، كنسخ الكتاب بالسنة وترك النص بالقياس.

وان قال نسائى طوالق واسستثنى بالنية بعضهن دين فيه لانه لا يسقط اللفظ بل يستعمله في بعض ما يقتضيه بعمومه، وذلك يحتمل فدين فيه، ولا يقبل في الحكم.

وقال أبو حفص الباب بشامي: يقبل في الحكم لان اللفظ يحتمل العموم والخصوص، وهذا غير صحيح لانه وان احتمل الخصوص الا أن الظاهر العموم فلا يقبل في الحكم دعوى الخصوص، فإن قال امرأتي طالق ثلاثا واستثنى بقلبه." (١)

-٢٨٦

"البعض يقع على الاقل والاكثر فأوقعنا الواحدة لانها بيقين، وما زاد مشكوك فيه، فالمذهب الاول لانه أضاف الثلاث إلى الحالتين وساوى بينهما في الاضافة فالظاهر أنه أراد التسويه بينهما في الثلاث، كما لو قال بعض هذه الدار لزيد وبعضها لعمرو فإنها تكون بينهما نصفين، وإذا كان كذلك كان للحالة الاولة طلقه ونصف فسرى هذا النصف فوقع طلقتان فإن قيل هلا قلتم يقع في الحال ثلاث طلقات لانه يقتضى أن تكون بعض كل طلقه من الثلاث للسنه وبعضها للبدعه، فيخص كل طلقه ثلاثة أبعاض من الثلاث طلقات فنكمل الابعاض فالجواب أنا لا نقول هذا، لان كل عدد أمكن قسمته قسمه صحيحه من غير كسر لم يجز قسمته على الكسر.

وفى مسألتنا يمكن قسم طلقتين من الثلاث جبرا على الحالين فلم يتبعضا.

وإن قيد ذلك باللفظ بأن قال أنت طالق ثلاثا نصفها للسنه ونصفها للبدعه وقع طلقتان وفى الحال الثانيه طلقه لما ذكرناه.

وان قال واحدة للسنه واثنتين للبدعه، أو قال اثنتين للسنه وواحدة للبدعه حمل على ما قيده بقوله وان لم يقيده باللفظ بل قال أنت طالق ثلاثا بعضهن للسنه وبعضهن للبدعه، ثم قال أنا أردت نصفهن للسنه ونصفهن للبدعه.

أو أردت في الحاله الاولى طلقتين وفى الثانيه طلقه حمله على ذلك، لانه لو لم ينو ذلك لحمل اطلاقه عليه

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٤٧/١٧

فكذلك إذا نواه.

وان قال أردت في الحالة الاولى طلقه وفى الحاله الثانيه طلقتين، **فاختلف أصحابنا** فيه: فقال أبو على بن أبى هريرة: لا يقبل في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى، لان الظاهر أنه أراد التسويه فلا يقبل قوله فيما يخالف الظاهر ومنهم من قال في الحكم وهو الصحيح، لان البعض يقع على الاقل والاكثر.

فإذا أخبر أنه نوى ذلك قبل منه كما لو قيده باللفظ.

والله تعالى أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

وإن قال ان قدم فلان فأنت طالق، فقدم وهى في طهر لم يجامع فيه وقع طلاق سنه، وان قدم وهى حائض أو في طهر جامعها فيه وقع طلاق بدعه." (١)

-٢٨٧

"في بعض الاحوال، فان كانت حال العقد في حال البدعه وقع عليها الطلاق، لان في ذلك تغليظا عليه فقبل، وإن كانت في حال عقد الطلاق في حال السنه لم يقبل قوله في الحكم لانه يريد تأخير الطلاق عن أول وقت يقتضيه فلم يقبل ويدين فيما بينه وبين الله تعالى، لانه يحتمل ما يدعيه، ولهذا لو صرح به حال عقد الطلاق قبل.

وإن قال أنت طالق أقبح الطلاق وأسمجه، والسماجه ضد الملاحة.

ولبن سمج لا طعم له.

أو قال أفحشه أو ما أشبه ذلك كان من صفات الذم.

فان لم يكن له نية طلقت للبدعه، فان كانت حائضا أو في طهر جامعها فيه طلقت لان ذلك أقبح الطلاق وأفحشه.

وان كانت في طهر لم يجامعها فيه لم تطلق.

فإذا طلقت في الحيض أو جامعها طلقت.

وان كانت له نيه.

فان وافقت نيته ظاهر قوله.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٦٠/١٧

وهو أن ينوى طلاق البدعه قبل منه وكانت نيته تأكيدا، وان خالفت ظاهر قوله بأن قال: نويت طلاق السنه واعتقدت أن الافبح في حقها طلاق السنة لحسن عشرتها.

فان كانت حال

عقد الطلاق في طهر لم يجامعها فيه وقع عليها الطلاق لان فيه تغليظا عليه.

وان كانت حائضا أو في طهر جامعها فيه لم يقبل في الحكم لانه يدعى خلاف الطهر.

ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال ما يدعيه وان قالت أنت طالق أكمل الطلاق اجتنابا.

قال الصيمري طلقت ثلاثا لانه أكمل الطلاق اجتنابا.

وان قال أنت طالق طلقه حسنه قبيحه وقع عليها في الحال طلقه، واختلف أصحابنا في علته، فمنهم من قال لانه وصفها بصفتين لا يمكن وجودهما معا وقد وجدت إحداهما فوقع بها الطلاق، ومنهم من قال لانه وصفها بصفتين متضادتين فسقطتا وبقى مجرد الطلاق فوقع قال ابن الصباغ: وهذا أقيس.

لان وقوع الطلقه باحدى الصفتين ليس بأولى من الاخرى (فرع)

وإن قال لامرأته، أنت طالق طلاق الحرج وقع عليها طلقه رجعيه وقال على بن أبي طالب: يقع عليها الثلاث في الحال، دليلنا أن الحرج الضيق والاثم، ولا يأثم إلا بطلاق البدعه." (١)

-٢٨٨

"الحال طلقه، فان لم يراجعها حتى مضت ثلاثة أشهر بانت، وان راجعها لم تطلق في الطهر بعد الرجعة لانه هو الطهر الذى وقع فيه الطلاق.

(الشرح) إذا قال لامرأته وهى طاهر: إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم في زمان امكانه وقع الطلاق عليها ويكون بدعيا، فإن استمر بها الدم يوما وليلة استقر الطلاق.

وان انقطع لدون اليوم والليلة واتصل بعده طهر صحيح حكمنا

بان الطلاق لم يقع.

وان قال لها وهى حائض: إذا حضت فأنت طالق - فاختلف أصحابنا فيه - فقال الشيخ أبو إسحاق الاسفراييني والقاضى أبو القاسم الصيمري: لا يقع الطلاق حتى تطهر من هذا الحيض ثم تطعن في الحيضة الثانية، وبه قال أبو يوسف، لان قوله، إذا حضت أو ان حضت، يقتضى الاستقبال.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٦٣/١٧

وقال ابن الصباغ يقع عليها الطلاق بما يتجدد من حيضها، لانه قد وجد منها الحيض فوقع الطلاق لوجود صفته كما لو قال للصحيحه: إذا صححت فأنت طالق، فإنه يقع عليها الطلاق في الحال.

وان قال لامرأته كلما حضت فانت طالق، فإذا رأت الدم طلقت برؤيته فإذا انقطع الدم وطهرت طهرا كاملا ثم رأت الدم طلقت طلقه ثانيه، فإذا طهرت ثم رأت الدم طلقت ثالثه، لان "كلما " تقتضي التكرار وتكون الطلقات كلها بدعيه.

(فرع)

وان قال لها: إذا حضت حيضة فأنت طالق - فإن كان طاهرا - لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر لانه قال حيضه.

وذلك لا يوجد الا بطهرها من الحيض، وان كانت حائضا لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ويكون الطلاق سببا لانه يقع بأول الطهر وان قال: كلما حضت حيضة فأنت طالق، فإذا حاضت حيضة كاملة بعد عقد الصفه، وقع عليها طلقه بأول جزء من الظهر بعد الحيض، ثم إذا حاضت الثانية وطهرت منه طلقت ثانية بأول جزء من الطهر، ثم إذا حاضت الثالثه وطهرت منه طلقت الثالثة بأول جزء من الطهر، لان "كلما " تقتضي التكرار، وتكون الطلقات للسنة،." (١)

-٢٨٩

"وهو الوقت فقيل للحيض والطهر قرء، لانهما يرجعان لوقت معلوم.

وأصله الجمع، وكل شئ قرأته قد جمعته اه.

وقال في المصباح في غريب الشرح الكبير للرافعي: والقرء فيه لغتان الفتح وجمعه قروء وأقروء مثل فلس وفلوس وأفلس والضم ويجمع على أقراء مثل قفل وأقفال.

قال أئمة اللغة: ويطلق على الطهر والحيض، وحكاه ابن فارس أيضا ثم قال: ويقال: انه للطهر، وذلك أن المرأة الطاهر كأن الدم اجتمع في بدنها وامتسك.

ويقال: انه للحيض، ويقال: أقرأت إذا حاضت، وأقرأت إذا طهرت فهى مقرئ، وأما ثلاثة قروءه، فقال الاصمعي: هذه الاضافة على غير قياس، والقياس ثلاثة أقراء، لانه جمع قلة مثل ثلاثة أفلس، وثلاثة رجلة، ولا يقال: ثلاثة فلوس ولا ثلاثة رجال.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٦٥/١٧

وقال النحويون: هو على التأويل والتقدير ثلاثة من قروء، لان العدد يضاف إلى مميزه وهن من ثلاثة إلى عشرة قليل، والمميز هو المميز، فلا يميز القليل بالكثير.

قال: ويحتمل عندي أنه قد وضع أحد الجمعين في موضع الاخر اتساعا لفهم المعنى، هذا ما نقل عنه، وذهب بعضهم إلى أن مميز الثلاثه إلى العشرة يجوز أن يكون جمع كثرة من غير تأويل، فيقال: خمسه كلاب وستة عبيد، ولا يجب عند هذا القائل أن يقال: خمسة أكلب ولا ستة أعبد، وقرأت أم الكتاب في كل قومة وبأم الكتاب يتعدى بنفسه وبالباء قراءة وقرءآنا ثم استعمل القرآن اسما مثل الشكران والكفران.

وإذا أطلق انصرف شرعا إلى المعنى

القائم بالنفس ولغة إلى الحروف المقطعة لانها هي التى تقرأ نحو كتبت القرآن ومسسته، والفاعل قارئ، وقرأة وقراء.

وقارئون مثل كافر وكفرة وكفار وكافرون.

وقرأت على زيد السلام أقرؤه عليه قراءة أما الاحكام: فإنه ان قال لها: أنت طالق ثلاثا في كل قرء طلقه.

فان كانت حاملا طاهرا وقع عليها في الحال طلقه.

وان كانت حاملا حائضا – فإن قلنا: ان الدم على الحمل ليس بحيض – وقع عليها طلقه.

وان قلنا: انه حيض **فاختلف أصحابنا** فيه.

فقال الشيخان أبو إسحاق المروزى وأبو حامد الاسفراييني." (١)

-٢٩٠

"لا تكون حاملا فيحل وطؤها فغلب التحريم، فإن استبرأها ولم يظهر الحمل فهى على الزوجية، وان ظهر الحمل نظر، فإن وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت عقد الطلاق حكم بوقوع الطلاق، لانا تيقنا أنها كانت حاملا وقت العقد.

وان وضعته لاكثر من أربع سنين من وقت العقد لم تطلق، لانا علمنا أنها لم تكن حاملا، وان وضعته لاكثر من ستة أشهر ودون أربع سنين نظرت فان كان الزوج لم يطأها طلقت لانا حكمنا أنها كانت حاملا وقت العقد.

وان وطئها نظرت فإن وضعته لدون ستة أشهر من وقت الوطئ وفع الطلاق.

(١) المجموع شرح المهذب ١٦٧/١٧

لانا حكمنا

انها كانت حاملا وقت العقد.

وان وضعته بعد ستة أشهر من بعد وطئه لم يقع الطلاق وجها واحدا لانه يجوز أن يكون موجودا وقت العقد ويجوز أن يكون حدث بعده فلا يجوز أن يوقع الطلاق بالشك **واختلف أصحابنا** في صفة الاستبراء ووقته وقدره، فذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايني رحمه الله في الاستبراء في المسئلتين ثلاثة أوجه: أحدهما ثلاثة أقراء وهى أطهار، لانه استبراء حرة فكان بثلاثة أطهار.

والثانى بطهر لان القصد براءة الرحم فلا يزاد على قرء.

واستبراء الحرة لا يجوز الا بالطهر، فوجب أن يكون طهرا.

والثالث أنه بحيضه لان القصد من هذا الاستبراء معرفة براءة الرحم.

والذى يعرف به براءة الرحم الحيض.

وهل يعتد بالاستبراء قبل عقد الطلاق؟ فيه وجهان

(أحدهما)

لا يعتد لان الاستبراء لا يجوز أن يتقدم على سببه

(والثانى)

يعتد به لان القصد معرفة براءة الرحم.

وذلك يحصل وان تقدم ومن أصحابنا من قال في المسألة الثانيه الاستبراء على ما ذكرناه.

لان الاستبراء لاستباحة الوطئ.

فأما في المسألة الاولى فلا يجوز الاستبراء بدون ثلاثة أطهار ولا يعتد بما وجد منه قبل الطلاق لانه استبراء حرة للطلاق فلا يجوز بما دون ثلاثة أطهار.

ولا بما تقدم على الطلاق كالاستبراء في سائر المطلقات (الشرح) إذا قال لامرأته: ان لم تكوني حاملا فأنت طالق.

وان كنت حاملا فأنت طالق حرم عليه وطؤها قبل أن يستبرئها.

لان الاصل عدم الحمل." (١)

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٧/١٧٥

-٢٩١

"ثم قال لها أنت طالق وقع عليها طلقتان ولا تقع الثالثة لما ذكرناه.

وإن قال: كلما أوقعت عليك الطلاق فأنت طالق ثم قال لها: أنت طالق وقع عليها طلقتان طلقة بالمباشرة وطلقة بالصفة ولا تقع الثالثة بوقوع الثانية لانه لم يوقع الثانية،

وإنما وقعت حكما.

وإن قال: إذا أوقعت عليك أو كلما أوقعت عليك الطلاق فأنت طالق، ثم قال لها بعد ذلك: ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار وقع عليها طلقه بدخول الدار، وهل تقع عليها طلقة بالصفة الاولة؟ **اختلف أصحابنا** فيه، فقال الشيخ أبو حامد والمحاملى: لا يقع عليها لان الصفة إن وقع عليها الطلاق ولم يوقع هذه الطلقه وإنما وقعت بالصفة فلم يوجد شرط الثانية.

وقال الشيخ أبو إسحاق وابن الصباغ: تقع الثانية لان الصفة توقع الطلاق عليها، وإذا علق الطلاق بصفة فوجدت الصفة فهو الموقع للطلاق كما قلنا فيه: إذا قال لها إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال لها: ان دخلت الدار فأنت طالق (فرع)

ان كان له زوجتان حفصة وزينب، فقال لزينب كلما طلقت حفصة فأنت طالق وقال لحفصة كلما طلقت زينب فأنت طالق فقد جعل طلاق كل واحدة منهما صفة للاخرى وعقد صفة طلاق زينب أولا فينظر فيه، فإن بدأ وقال لزينب أنت طالق وقع عليها طلقه بالمباشرة ويقع على حفصة بهذه الطلقه طلقه بالصفة وبوقوع هذه الطلقه على حفصه تقع طلقه ثانيه على زينب بالصفة لان حفصه بهذه الطلقه طلقت بصفة تأخرت عن عقد صفة طلاق زينب فهو محدث لطلاقها فصار كما قلنا فيه: إذا قال لها كلما طلقتك فأنت طالق، ثم قال لها بعد ذلك: ان دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت الدار وقع عليها طلقه بدخول الدار وأخرى بوجود الصفه، لانه قد أحدث طلاقها بعد أن عقدت لها الصفه.

وان كان أحدثه بصفة لا بمباشرة وإن بدأ فقال لحفصه: أنت طالق وقع عليها طلقه بالمباشرة، وبوقوع هذه الطلقه على حفصه تقع طلقه على زينب بالصفة ولا يعود الطلاق إلى حفصه لانه ما أحدث طلاق زينب بعد عقد صفة طلاق حفصه، وإنما هذه الصفه سابقه

لصفة طلاق حفصه فهو كما قلنا فيه: إذا قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق،." (١)

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٨٦/١٧

"بالصفات سبعة: ان، وإذا، ومتى، ومتى ما، وأى وقت، وأى حين، وأى زمان.

وإذا استعملت في الطلاق فله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يستعمل في الطلاق متجردا عن العوض وعن كلمة لم

(والثانى)

أن تستعمل فيه مع العوض (الثالث) أن يستعمل فيه كلمة لم، فإن استعملت في الطلاق متجردا عن العوض وعن كلمة لم مثل ان قال: ان دخلت الدار فأنت طالق، أو إذا دخلت الدار أو متى أو متى ما دخلت أو أي وقت دخلت أو أي حين دخلت أو أي زمان دخلت فجميع هذا لا يقتضى الفور، بل أي وقت دخلت الدار طلقت، لان ذلك يقتضى دخولها الدار، فأى وقت دخلت الدار فقد وجد الشرط اه.

وان استعملت في الطلاق مع العوض بأن قال: ان أعطيتني أو ان ضمنت لى ألفا فأنت طالق، فإن خمسة أحرف منها لا تقتضي الفور، بل هي على التراخي بلا خلاف على المذهب، وهى متى ومتى ما وأى حين وأى وقت وأى زمان ويمكن أن يدخل فيها أيما وحرف منها يقتضى الفور على المذهب بلا خلاف

وهو ان، وحرف منها **اختلف أصحابنا** فيه وهو إذا، فعند أكثر أصحابنا هو على الفور.

وعند الشيخ أبي اسحاق لا يقتضى الفور، وقد أو فينا ذلك في الخلع وان استعملت في الطلاق مع كلمة لم فلا خلاف على المذهب أن خمسة أحرف منها على الفور، وهى متى ومتى ما وأى حين وأى وقت وأى زمان.

فإذا قال متى لم تعطنى ألفا فأنت طالق.

أو متى لم أطلقك أو متى لم تدخلي الدار فأنت طالق.

وما أشبهه من الصفات.

فان أعطته ألفا على الفور بحيث يصلح أن يكون جوابا لكلامه أو دخلت الدار فقد بر في يمينه ولا تطلق، وهكذا إذا قال: متى لم أطلقك فطلقها على الفور فقد بر في يمينه ولا يقع عليها الا ما أوقعه وان تأخرت العطية أو دخول الدار أو الطلاق عن ذلك وقع عليها الطلاق لان تقديره أي زمان عقدت فيه العطيه أو

الدخول أو الطلاق فأنت طالق.

فإذا مضى زمان يمكن ايجاد هذه الصفة ولم توجد فقد وجد شرط وقوع الطلاق المعلق بذلك فوقع.." (١)

-٢٩٣

"قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

وإن كان له امرأتان فقال لاحداهما أنت طالق طلقه، بل هذه ثلاثا وقع على الاولى طلقه وعلى الثانيه ثلاث، لانه إذا أوقع على الاولى طلقه

ثم أراد رفعها فلم يرتفع، وأوقع على الثانيه ثلاثا فوقعت وإن قال للمدخول بها أنت طالق واحدة لا بل ثلاثا إن دخلت الدار، فقد **اختلف أصحابنا** فيه، فقال أبو بكر بن الحداد المصرى: تطلق واحدة في الحال ويقع بدخول الدار تمام الثلاث، لانه نجز واحدة فوقعت، وعلق ثلاثا على الشرط فوقع ما بقى منها عند وجود الشرط.

ومن أصحابنا من قال: يرجع الشرط إلى الجميع ولا تطلق حتى تدخل الدار، لان الشرط يعقب الايقاعين فرجع اليهما (الشرح) قوله " نجز واحدة " التضعيف زيادة تجعل اللازم متعديا كالمزيد بالهمز، فيكون قوله نجز كقوله أنجز.

وهو بمعنى عجل أما الاحكام فإنه ان كان له امرأتان فقال لاحداهما: أنت طالق واحدة لا بل هذه ثلاثا، وقع على الاولة طلقه، وعلى الثانيه ثلاثا، لانه أوقع عل الاولة طلقه فوقعت ثم رجع عنها، وأوقع على الثانية ثلاثا فلم يصح رجوعه عما أوقعه على الاولة وصح ما أوقعه على الثانيه وإن قال لامرأته المدخول بها أنت طالق واحدة لا بل ثلاثا إن دخلت الدار **فاختلف أصحابنا** فيه، فقال ابن الحداد: يقع عليها طلقه في الحال، ويقع باقى الثلاث بدخول الدار.

لانه أوقع واحدة فوقعت ثم رجع وأوقع الثلاث بدخول الدار فلم يصح رجوعه عن الاولة، ويعلق بدخول الدار باقى الثلاث.

ومنهم من قال يرجع الشرط إلى الجميع فلا يطلق حتى تدخل الدار، لان الشرط يعقب الايقاعين فرجع اليهما.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٨٩/١٧

وان كانت مدخول بها فالذي يقتضى القياس أن على قول ابن الحداد في مولداته يقع عليها الطلقه المنجزة وتبين بها، ولا يقع ما بعدها بدخول الدار، وعلى القول الآخر لبعض أصحابنا لا يقع عليها طلاق حتى تدخل الدار، فإذا دخلت وقع عليها الثلاث (فرع)

وإن قال لاحدى امرأتيه أنت طالق ان دخلت الدار لا بل هذه.." (١)

-٢٩٤

"جزء من هذ الليلة، فكان أول آخر أوله هو أول جزء من تلك الليلة.

(فرع)

وإن قال أنت طالق في شهر قبل ما بعد قبله رمضان **فاختلف أصحابنا** متى تطلق؟ فمنهم من قال تطلق في أول رجب، ومنهم من قال تطلق في أول

شعبان – ولم يذكر في الفروع غيره – لان الشهر الذى بعد قبل رمضان هو رمضان نفسه، فالشهر الذى قبله شعبان.

ومنهم من قال: تطلق في أول شوال وهو اختيار القاضى أبو الطيب وابن الصباغ، لانه أول وقت الطلاق في شهر وصفه، لان قبل ما بعد قبله رمضان، ذلك لانه يقتضى أنه قبله رمضان، لان ما بعد قبل الشهر هو الشهر نفسه، وقبله رمضان وقال ابن قدامة من الحنابلة في المغنى على متن الخرقى: وإذا قال أنت طالق في آخر أول الشهر طلقت في آخر أول يوم منه لانه أوله.

وإن قال في أول آخره طلقت في آخر يوم منه لانه آخره.

وقال أبو بكر في الاولى: تطلق بغروب الشمس من اليوم الخامس عشر منه.

وفى الثانية تطلق بدخول أول الليلة السادسة عشرة منه، لان الشهر نصفان أول وآخر، فآخر أوله يلى أول آخره، وهذا قول أبي العباس بن سريج – يعنى من الشافعية – وقال أكثرهم كقولنا وهو أصح.

فإن ما عدا اليوم الاول لا يسمى أول الشهر، ويصح نفيه عنه، وكذلك لا يسمى أوسط الشهر آخره، ولا يفهم ذلك من إطلاق لفظه فوجب أن لا يصرف كلام الحالف إليه ولا يحمل كلامه عليه اه

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٩٧/١٧

وإن قال أنت طالق اليوم طلقت في الحال لانه من اليوم.
وإن قال أنت طالق في غد طلقت بطلوع فجره.
وإن قال أنت طالق اليوم إذا جاء غد لم تطلق، لانه لا يجوز أن تطلق اليوم لانه لم يوجد شرطه، وهو مجئ الغد، ولا يجوز أن تطلق إذا جاء غد لانه إيقاع طلاق في يوم قبله.
وان قال أنت طالق اليوم غدا طلقت اليوم طلقه ولا تطلق غدا طلقة أخرى، لان طلاق اليوم تعين.
وقوله غدا يحتمل أن تكون طالقة بطلاقها اليوم.
فلا توقع طلاقا بالشك، وان قال أردت طلقة في اليوم وطلقة في غد طلقت طلقتين، لان اللفظ." (١)
-٢٩٥

"جزء منها وتقع لثانية في أول الثانية والثالثة في أول الثالثة إن دخلتا عليها وهى في نكاحه لكونها لم تنقض عدتها أو ارتجاعها في عدة الطلقة الاولى وعدة الثانيه أو جدد نكاحها بعد أن بانت، فإن انقضت عدتها فبانت منه ودخلت السنة الثانيه وهى بائن لم تطلق لكونها غير زوجة، فان تزوجها في أثنائها اقتضى قول اكثر أصحابنا وقوع الطلاق عقيب تزويجه لها لانها جزء من السنة الثانية التى جعلها ظرفا للطلاق ومحلا له، وكان سبيله أن تقع في أولها.
هذا مذهبنا ومذهب الفقهاء كافة إلا ما رواه ابن قدامة عن بعض الحنابلة حيث قال: وقال القاضى تطلق بدخول السنة الثالثه.
وعلى قول التميمي ومن وافقه تنحل الصفة بوجودها في حال البينونة فلا تعود بحال.
وان لم يتزوجها حتى دخلت السنة الثالثة ثم نكحها طلقت عقيب تزوجيها ثم طلقت الثالثه بدخول السنه الرابعة.
وعلى قول القاضى لا تطلق إلا بدخول الرابعة ثم تطلق الثالثه بدخول الخامسة، وعلى قول التميمي قد انحلت الصفه.
وقال: واختلف في مبدإ السنه الثانيه، فظاهر ما ذكره القاضى أن أولها بعد انقضاء إثنى عشر شهرا من حين يمينه لانه جعل ابتداء المدة حين يمينه.
وكذلك قال أصحاب الشافعي.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٠٢/١٧

وقال أبو الخطاب – من أصحاب أحمد – ابتداء السنه الثانيه من أول المحرم لانها السنه المعروفة: فإذا علق ما يتكرر على تكرر السنين انصرف إلى

السنين المعروفة، كقول الله تعالى " أو لا يرون أنهم يفتنون في كل عام.

الآيه " وإن قال: أردت بالسنه اثنى عشر شهرا قبل لانها سنه حقيقيه.

وان قال نويت أن ابتداء السنين أول السنه الجديدة من المحرم دين قال القاضى ولا يقبل في الحكم لانه خلاف الظاهر.

والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

وان قال أنت طالق في الشهر الماضي فالمنصوص أنها تطلق في الحال، وقال الربيع فيه قول آخر أنها لا تطلق.

وقال فيمن قال لامرأته: إن طرت أو صعدت السماء فأنت طالق أنها لا تطلق، **واختلف أصحابنا** فيه فنقل أبو على بن خيران جوابه في كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وجعلهما." (١)

-٢٩٦

"على قولين

(أحدهما)

تطلق لانه علق الطلاق على صفة مستحيلة فالغيت الصفه ووقع الطلاق، كما لو قال لمن لا سنة ولا بدعة في طلاقها: أنت طالق للسنه أو للبدعه

(والثانى)

لا تطلق لانه علق الطلاق على شرط ولم يوجد فلم يقع، وقال أكثر أصحابنا: إذا قال أنت طالق في الشهر الماضي طلقت.

وإن قال: ان طرت أو صعدت السماء فأنت طالق لم تطلق قولا واحدا، وما قاله الربيع من تخريجه، والفرق بينهما أن الطيران وصعود السماء لا يستحيل في قدرة الله عزوجل، وقد جعل لجعفر بن أبى طالب رضى الله عنه جناحان يطير بهما، وقد أسرى برسول الله صلى الله عليه وسلم، وإيقاع الطلاق في زمان ماض مستحيل

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢١٠/١٧

(الشرح) إن قال أنت طالق في الشهر الماضي فإنه يسأل عن ذلك فان قال أردت أنى أوقع الطلاق الآن في الشهر الماضي، فالمنصوص أنها تطلق في الحال قال الربيع وفيها قول آخر أنها لا تطلق.

واختلف أصحابنا فيه فقال أبو على بن خيران: قد نص الشافعي على أنه إذا قال لها: ان طرت أو صعدت السماء فأنت

طالق فانها لا تطلق.

وهذا تعليق طلاق بصفة محال، كإيقاع الطلاق الآن في زمان ماض، فجعل الاولة على قولين، وهذه على وجهين

(أحدهما)

لا تطلق لانه علق الطلاق على شرط فلا يقع قبل وجوده، كما لو علقه على دخولها الدار

(والثانى)

تطلق في الحال لانه علقه على شرط مستحيل فألغى الشرط ووقع الطلاق.

كما لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعه أنت طالق للسنه أو للبدعه وقال أكثر أصحابنا: إذا قال أنت طالق للشهر الماضي، وقال أردت به ايقاع الطلاق الآن في الشهر الماضي، تطلق قولا واحدا لما ذكرناه، وما حكاه الربيع فإنه من تخريجه.

وأما أحمد بن حنبل فظاهر كلامه فيمن قال أنت طالق أمس ولا نية له أن الطلاق لا يقع إذا كان قد تزوجها اليوم.

وقال بعض أصحابه يقع الطلاق.

أما إذا قال لها أنت طالق إن طرت أو صعدت إلى السماء فعلى وجهين:

(أحدهما)

تطلق لان الصعود إلى السماء أو الطيران ليس من الامور المستحيلة عقلا ولا شرعا في الماضي.

وأما الحاضر فقد انتفت الاستحالة العرفية والعاديه." (١)

-٢٩٧

(١) المجموع شرح المهذب ٢١١/١٧

"أوتوا الكتاب آمنوا بما نزلنا مصدقا لما معكم من قبل أن نطمس وجوها فنردها على أدبارها " ولم يوجد الطمس في المأمورين ولو قال لغلامه: اسقني قبل أن أضربك فسقاه في الحال عد ممتثلا وان لم يضربه، ولو قال أنت طالق قبيل موتى أو قبيل قدوم زيد لم يقع في الحال، وانما يقع ذلك في الجزء الذى يلى الموت، لان ذلك تصغير يقتضى الجزء اليسير الذى يبقى.

وإن قال أنت طالق قبل موت زيد وعمرو بشهر.

قالوا تتعلق الصفة بأولهما موتا لان اعتباره بالثاني يفضى إلى وقوعه بعد موت الاول، واعتباره بالاول لا يفضى إلى ذلك فكان أولى.

والله تعالى أعلم بالصواب قال المصنف رحمه الله:

(فصل)

وان قال أنت طالق في اليوم الذى يقدم فيه زيد، فقدم ليلا لم تطلق لانه لم يوجد الشرط.

وإن قال أردت باليوم الوقت قبل منه لانه قد يستعمل اليوم في الوقت كما قال الله عز وجل " ومن يولهم يومئذ دبره " وهو غير

متهم فيه فقبل منه.

وان ماتت المرأة في أولى اليوم الذى قدم زيد في آخره فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال ابو بكر بن الحداد المصرى: يقع الطلاق لانه إذا قال أنت طالق في يوم السبت طلقت بطلوع الفجر، فإذا قال أنت طالق في اليوم الذى يقدم فيه زيد، فقدم وجب أن يقع بعد طلوع الفجر في اليوم الذى يقدم فيه زيد، وقد قدم وكانت باقية بعد طلوع الفجر فوجب ان يقع الطلاق.

ومن أصحابنا من قال لا يقع لانه جعل الشرط في وقوع الطلاق قدوم زيد وقدوم زيد وجد بعد موت المرأة فلا يجوز أن يقع الطلاق، ويخالف قوله أنت طالق يوم السبت فإنه علق الطلاق على شرط واحد وهو اليوم، وههنا علق على شرطين اليوم وقدوم زيد، وقدوم زيد وجد وقد ماتت المرأة فلم يلحقها الطلاق (الشرح) إذا قال لامرأته أنت طالق في اليوم الذى يقدم فيه زيد - قال المصنف ههنا - فإن قدم زيد ليلا لم تطلق لانه لم يوجد الشرط وان قال أردت باليوم الوقت طلقت، لان اليوم قد يستعمل في الوقت.

قال الله تعالى " ومن." (١)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢١٦/١٧

-٢٩٨

"قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

إذا كتب: إذا أتاك كتابي هذا فأنت طالق ونوى الطلاق فضاع الكتاب لم يقع الطلاق لانه لم يأتها الكتاب.

وان وصل وقد ذهبت الحواشي وبقى موضع الكتابة وقع الطلاق، لان الكتاب هو المكتوب.

وإن أتاها وقد امحى الكتاب لم تطلق أيضا.

لانه لم يأتها الكتاب.

وان انطمس حتى لا يفهم منه شئ لم تطلق لانه ليس بكتاب، فهو كما لو جاءها كتاب فيه صورة.

وإن جاء وقد امحى بعضه.

فإن كان الذى امحى موضع الطلاق - لم يقع، لان المقصود لم يأتها، وان بقى موضع الطلاق وذهب الباقي فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق يقع لان المقصود من الكتاب قد أتاها.

ومن أصحابنا من قال: لا يقع لانه قال: إذا جاءك كتابي هذا.

وذلك يقتضى جميعه وإذا قال: إذا أتاك كتابي فأنت طالق، فأتاها الكتاب وقد امحى الجميع الا موضع الطلاق وقع الطلاق، لانه أتاها كتابه.

وإن قال: إن أتاك طلاقي فأنت طالق.

وكتب إذا أتاك كتابي فأنت طالق ونوى الطلاق وأتاها الكتاب طلقت طلقتين، طلقة بمجئ الكتاب، وطلقة بمجئ الطلاق.

(الشرح) إذا كتب لزوجته " أنت طالق ثم استمر فكتب: إذا أتاك كتابي أو علقه بشرط أو استثناء، وكان في حال كتابته للطلاق مريدا للشرط لم يقع طلاقه في الحال لانه لم ينو الطلاق في الحال بل نواه في وقت آخر، وان كان نوى الطلاق في الحال غير معلق بشرط طلقت للحال.

وإن لم ينو شيئا وقلنا ان المطلق يقع به الطلاق نظرنا - فإن كان استمدادا لحاجة أو عادة لم يقع طلاق قبل وجود الشرط، لانه لو قال: أنت طالق ثم أدركه النفس أو شئ يسكته فسكت لذلك ثم أتى بشرط تعلق به فالكتابة أولى.

وإن استمد لغير حاجة ولا عادة وقع

الطلاق، كما لو سكت بعد قوله: أنت طالق لغير حاجة ثم ذكر شرطا وإن قال: إنني كتبته مريدا للشرط فقياس قولنا وقول أصحاب أحمد أنها لا تطلق قبل الشرط إلا أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى، وقبوله في الحكم على." (١)

-٢٩٩

"القاف قبل قوله مع يمينه، لانه يحتمل ما يدعيه.

(مسألة) ان قال لامرأته وأجنبيه إحداكما طالق سئل عن ذلك، فإن قال أردت به الزوجة قبل.

وان قال: أردت به الأجنبية وقالت الزوجة بل أردتني فالقول قوله مع يمينه أنه ما أرادها وإنما أراد الاجنبية لان الطلاق إنما يقع على امرأته بأن يشير إليها أو يصفها.

وقوله: إحداكما، ليس بإشارة إليها ولا بصفة لها فلم يقع عليها الطلاق، وان كانت له زوجه اسمها زينب وجارة اسمها زينب فقال زينب طالق، وقال أردت الجارة.

وقالت زوجته بل أردتني، فهل يقبل قوله في الحكم مع يمينه؟ **اختلف أصحابنا** فيه، فقال القاضى ابو الطيب: يقبل قوله مع يمينه، كما لو قال لزوجته وأجنبية إحداكما طالق.

وقال أكثر أصحابنا: لا يقبل لان هذا الاسم يتناول زوجته وجارته تناولا واحدا، فإذا أوقع الطلاق على من هذا اسمها كان منصرفا في الظاهر إلى زوجته

ويخالف قوله إحداكما لانه لا يتناول زوجته والاجنبية تناولا واحدا، وانما يتناول إحداهما دون الاخرى، فإذا أخبر انه أراد به الاجنبية دون زوجته قبل منه لان دعواه لا تخالف الظاهر.

(مسألة) وان كان له زوجتان زينب وعمرة، فقال يا زينب فأجابته عمرة فقال أنت طالق سئل عن ذلك فإن قال: علمت أن التى أجابتني عمرة، ولكني لم أرد طلاقها وانما أردت طلاق زينب، طلقت زينب ظاهرا وباطنا، لانه اعترف انه طلقها.

وطلقت عمرة في الظاهر لانه خاطبها بالطلاق، فالظاهر انه أراد طلاقها ويدبن فيما بينه وبين الله تعالى، لان ما قاله يحتمل ذلك.

وان قال: ان التى أجابتني عمرة بل ظننتها زينب وأنا طلقت، قال الشيخ ابو حامد فالحكم فيها كالاولة وهو أن زينب تطلق ظاهرا وباطنا لاعترافه بذلك، وتطلق عمرة في الظاهر دون الباطن لانه واجهها بالخطاب

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢١٩/١٧

بالطلاق وان قال: طلقت التى أجابتني ولكن ظننتها زينب طلقت عمرة ولم تطلق زينب لانه أشار إلى عمرة، وان ظنها زينب فهو كما لو قال لاجنبية أنت طالق وقال ظننتها زوجتى لم تطلق زوجته لان الطلاق انصرف بالاشارة إلى التى أشار." (١)

-٣٠٠

"إليها دون التى ظنها.

وإن قال أردت عمرة وإنما ناديت زينب لآمرها بحاجة طلقت عمرة لانه خاطبها ولا تطلق زينب لان النداء لا يدل على الطلاق.

وان قال يا زينب أنت طالق وأشار إلى عمرة سئل عن ذلك، فإن قال قد علمت أن التى أشرت إليها عمرة، ولكني لم أردها بالطلاق وانما أردت طلاق زينب طلقت زينب ظاهرا وباطنا لاعترافه بذلك.

وطلقت عمرة في الظاهر لاشارته بالطلاق إليها، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى، لان الحال يحتمل ما يدعيه.

وإن قال لم أعلم أن هذه التى أشرت إليها عمرة بل ظننتها زينب، ولم أرد بالطلاق إلا هذه التى أشرت إليها طلقت عمرة ولا تطلق زينب لانه قد أشار بالطلاق إليها ولم يرد به غيرها، واعتقاده أن هذه المشار إليها زينب لا يضر، كما لو قال لاجنبية أنت طالق وقال ظننتها زوجتى، فان زوجته لا تطلق (فرع)

وإن كان له زوجتان زينب وعمرة، فقال كلما ولدت إحداكما ولدا فأنتما طالقان، فولدت زينب يوم الخميس ولدا ثم ولدت عمرة يوم الجمعة وقع على كل واحدة منهما طلقة ثانية، فلما ولدت زينب يوم السبت وقع على عمرة طلقة ثالثة، ولم يقع على زينب بذلك طلاق لان عدتها انقضت بوضعه إلا على الحكاية التى حكاها ابن خيران، فلما ولدت عمرة يوم الاحد انقضت عدتها به.

قال المصنف رحمه الله:

(فصل)

إذا قال لامرأته: إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثا، ثم قال لها أنت طالق، فقد **اختلف أصحابنا** فيه، فمنهم من قال يقع عليها طلقة بقوله أنت طالق ولا يقع من الثلاث قبلها شئ، كما إذا قال لها: إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثا ثم ارتدت انفسخ نكاحها ولم يقع من الثلاث شئ ومنهم من قال يقع بقوله: أنت طالق طلقة وطلقتان من الثلاث وهو قول أبى عبد الله الخن لانه يقع بقوله أنت طالق طلقه ويقع

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٣٧/١٧

ما بقى بالشرط وهو طلقتان ومنهم من قال لا يقع عليها بعد هذا القول طلاق، وهو قول أبى العباس بن سريج وابى بكر بن الحداد المصرى والشيخ أبي حامد الاسفرايني والقاضى أبى الطيب الطبري.

وهو الصحيح عندي." (١)

-٣٠١

"والدليل عليه أن إيقاع الطلاق يؤدى إلى إسقاطه، لانا إذا أوقعنا عليها طلقة لزمنا أن نوقع عليها قبلها ثلاثا بحكم الشرط.

وإذا وقع قبلها الثلاث لم تقع الطلقه وما أدى ثبوته إلى نفيه سقط.

ولهذا قال الشافعي رحمه الله فيمن زوج عبده

بحرة بألف درهم وضمن صداقها، ثم باع العبد منها بتلك الالف قبل الدخول أن البيع لا يصح لان صحته تؤدى إلى إبطاله، فإنه إذا صح البيع انفسخ النكاح بملك الزوج، وإذا انفسخ النكاح سقط المهر، لان الفسخ من جهتها، وإذا سقط المهر سقط الثمن، لان الثمن هو المهر، وإذا سقط الثمن بطل البيع.

فأبطل البيع حين أدى تصحيحه إلى إبطاله فكذلك ههنا.

ويخالف الفسخ بالردة فإن الفسخ لا يقع بإيقاعه وإنما تقع الردة والفسخ من موجباتها.

والطلاق الثلاث لا ينافى الردة، فصحت الردة وثبت موجبها وهو الفسخ، والطلاق يقع بإيقاعه، والثلاث قبله تنافيه فمنع صحته فعلى هذا إن حلف على امرأته بالطلاق الثلاث أنه لا يفعل شيئا وأراد أن يفعله ولا يحنث فقال: إذا وقع على امرأتي طلاقي فهى طالق قبله ثلاثا ففيه وجهان

(أحدهما)

يحنث إذا فعل المحلوف عليه لان عقد اليمين صح فلا يملك رفعه

(والثانى)

لا يحنث، لانه يجوز أن يعلق الطلاق على صفة ثم يسقط حكمه بصفة أخرى.

والدليل عليه أنه إذا قال: إذا دخل رأس الشهر فأنت طالق ثلاثا صحت هذه الصفة ثم يملك إسقاطها بأن يقول أنت طالق قبل انقضاء الشهر بيوم (الشرح) إذا قال لامرأته: متى وقع عليك طلاقي أو إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثا، ثم قال لها: أنت طالق، فقد **اختلف أصحابنا** فيه، فمنهم من قال: يقع عليها

(١) المجموع شرح المهذب ٢٣٨/١٧

الطلاق الذى باشر ايقاعه، وحكاه القاضى أبو الطيب عن أبي العباس بن سريج، وحكاه العمرانى عن ابن القاص (١) وقال: هو اختيار

---

(١) غلط ابن قدامة في المغنى من أمهات كتب الحنابلة في ذكره خلافا بين ابن القاص وابن سريج من أصحابنا حيث قال الاول بوقوع الطلقه المباشرة وعدم وقوع الطلاق المعلق في زمن قبله.

وقال الثاني لا يقع طلاق مطلقا، لان وقوع الواحدة تقتضي وقوع الثلاث قبلها وذلك يمنع وقوعها فإثباتها يؤدى إلى نفيها فلا تثبت.

اه الجزء السابع ص ٢٦٨ مطبعة الامام، والصواب ما ذكره ممحصا عن

أصحابنا هنا والله تعالى اعلم.." (١)

-٣٠٢

"(فصل)

وإن ماتت الزوجتان قبل التعيين وبقى الزوج وقف من مال كل واحدة منهما نصف الزوج، فإن كان قد طلق إحداهما بعينها فعين الطلاق في إحداهما أخذ من تركة الاخرى ما يخصه، وإن كذبه ورثتها فالقول قوله مع يمينه وان كان قد طلق إحداهما بغير عينها فعين الطلاق في إحداهما دفع إليه من مال الاخرى ما يخصه، وإن كذبه ورثها فالقول قوله من غير يمين، لان هذا اختيار شهوة.

وقد اختار ما اشتهى.

وإن مات الزوج وبقيت الزوجتان وقف لهما من ماله نصيب زوجة إلى أن يصطلحا لانه قد ثبت إرث إحداهما بيقين، وليست إحداهما بأولى من الاخرى فوجب أن يوقف إلى أن يصطلحا، لانه قد ثبت إرث إحداهما بيقين، فإن قال وارث الزوج أنا أعرف الزوجة منهما ففيه قولان

(أحدهما)

يرجع إليه لانه لما قام مقامه في استلحاق النسب قام مقامه في تعيين الزوجة

(والثانى)

لا يرجع إليه، لان كل واحدة منهما زوجة في الظاهر، وفى الرجوع إلى بيانه اسقاط وارث مشارك، والوارث لا

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٣٩/١٧

يملك اسقاط من يشاركه

في الميراث.

**واختلف أصحابنا** في موضع القولين فقال أبو إسحاق: القولان فيمن عين طلاقها ثم أشكلت، وفيمن طلق احداهما من غير تعيين.

ومنهم من قال: القولان فيمن عين طلاقها ثم أشكلت لانه اخبار فجاز أن يخبر الوارث عن الموروث.

وأما إذا طلق احداهما من غير تعيين فإنه لا يرجع إلى الوارث قولا واحدا لانه اختيار شهوة، فلم يقم الوارث فيه مقام الموروث كما لو أسلم تحته أكثر من أربع نسوة ومات قبل أن يختار أربعا منهن.

(الشرح) حديث عبد الله بن زيد، وهو عبد الله بن زيد بن عاصم أبو محمد الانصاري النجارى المازنى عم عباد بن تميم وحديثه هذا أخرجه البخاري في الطهارة عن على بن عبد الله وعن أبي الوليد وفى البيوع عن أبي نعيم، وأخرجه مسلم في الطهارة عن زهير بن حرب وعمر والناقد وأبو داود فيه عن قتيبة ومحمد ابن أحمد بن أبي خلف، وعند النسائي فيه عن قتيبة وعند ابن ماجه فيه عن محمد ابن الصباح.

وأما حديث " دع ما يريبك إلى مالا يريبك " فقد أخرجه أحمد في مسنده عن أنس، والنسائي عن الحسن بن على الطبراني عن وابصة بن معبد." (١)

-٣٠٣

"النسب بالاقرار، فقام مقامه في تعيين المطلقة.

فعلى هذا إذا قال: المطلقة فلانة دفع ما عزل من تركة الزوج إلى الآخر، وان كذبته المطلقة حلف لها.

(والثانى)

لا يقوم مقامه، لان في ذلك إسقاط حق وارث معه في الظاهر

بقوله.

**واختلف أصحابنا** في موضع القولين، فقال أبو إسحاق: القولان فيمن طلق إحداهما بعينها وفيمن طلق إحداهما لا بعينها.

ومنهم من قال القولان فيمن طلق احداهما بعينها ثم جهلها أو نسيها.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٤٧/١٧

فأما إذا طلق احداهما لا بعينها لا يقوم مقام المورث قولا واحدا، لانه يمكنه التوصل إلى العلم بالمطلقة منهما إذا وقع الطلاق بواحدة بعينها بسماع من الزوج، فإذا طلق واحدة منهما لا بعينها، فتعيين المطلقة إلى شهوة الزوج فلا يقوم وارثه مقامه كما لو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه، فمات قبل أن يختار – فان كانت بحالها وماتت واحدة منهما ثم مات الزوج قبل البيان وبقيت الاخرى عزل من تركة الزوج ميرات زوجة لجواز أن تكون الباقية زوجته، وعزل من تركة الميتة قبله ميراث زوج لجواز أن تكون الميتة هي زوجته فان قال وارث الزوج الميتة قبل الزوج هي المطلقة، قبل قوله، لان في ذلك إضرارا عليه من جهة أنه لا يرت من الميته وترت معه الباقيه وان قال بل الميتة قبل الزوج هي الزوجه والباقيه هي المطلقة، فان صدقته الباقية وورث الاولة ورت ميرات الزوج من الاولة ولم ترت معه الباقيه، وان كذبته فهل يقبل قول الوارت؟ فيه قولان وقد مضى توجيههما، والذى يقتضى المذهب أن يكون في موضع وجهان فإذا قلنا لا يقبل قول وارت الزوج كان ما عزل من تركة الميت قبل الزوج موقوفا حتى يصطلح عليه وارت الزوج والزوجه الباقيه.

فإذا قلنا يقوم مقام الزوج، فان كان الزوج قد أوقع الطلاق في إحداهما بعينها ثم نسيها أو جهلها، فان وارت الزوج يحلف لورثة الميته ما يعلم أنه طلقها لانه يحلف على نفى فعل غيره على القطع.

وان كان الزوج طلق احداهما لا بعينها، وقلنا يقبل قول وارت الزوج فيها،

فلا يمين على وارث الزوج، كما لا يمين على الزوج في ذلك." (١)

-٣٠٤

"قال المصنف رحمه الله:

باب الرجعة

إذا طلق الحر امرأته بعد الدخول طلقة أو طلقتين، أو طلق العبد امرأته بعد الدخول طلقه، فله أن يراجعها قبل انتهاء العدة، لقوله عز وجل " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف " والمراد به إذا قاربن أجلهن.

وروى ابن عباس رضى الله عنه عن عمر رضي الله عنه " أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة وراجعها " وروى ان ابن عمر رضى الله عنه طلق امرأته وهى حائض، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر: من ابنك

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٥٤/١٧

فليراجعها فإن انقضت العدة لم يملك رجعتها، لقوله عز وجل " وإذا طلقتم النساء فبلغ أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن " فلو ملك رجعتها لما نهى الاولياء عن عضلهن عن النكاح، فإن طلقها قبل الدخول لم يملك الرجعة لقوله عزوجل: " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف، فعلت الرجعة

على الاجل، فدل على أنها لا تجوز من غير أجل، والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها لقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن عدة تعتدونها "

(فصل)

ويجوز أن يطلق الرجعية ويلاعنها ويولى منها ويظاهر منها.

لان الزوجية باقية، وهل له أن يخالعها؟ فيه قولان: قال في الام: يجوز لبقاء النكاح.

وقال في الاملاء: لا يجوز لان الخلع للتحريم وهى محرمة، فإن مات أحدهما ورثه الآخر لبقاء الزوجية إلى الموت، ولا يجوز ان يستمتع بها لانها معتدة فلا يجوز وطؤها كالمختلعة، فإن وطئها ولم يراجعها حتى انقضت عدتها لزمه المهر، لانه وطئ في ملك قد تشعث فصار كوطئ الشبهة.

وان راجعها بعد الوطئ فقد قال في الرجعة: عليه المهر.

وقال في المرقد إذا وطئ امرأته في العدة ثم أسلم أنه لا مهر عليه.

**واختلف أصحابنا** فيه فنقل ابو سعيد الاصطخرى الجواب في كل واحدة منهما إلى الاخرى وجعلهما." (١)

-٣٠٥

"لهذا الوطئ، لان العدة لما انقضت قبل اجتماعهما على النكاح تبينا أنه وطئ أجنبية منه، فهو كما لو وطئ أجنبية بشبهة، وإن راجعها قبل انقضاء العدة أو اجتمعا على الاسلام قبل انقضاء العدة فقد قال الشافعي: إن للرجعية مهر مثلها وقال في الزوجية: إذا أسلم أحدهما ووطئها قبل انقضاء عدتها وقبل الاسلام ثم أسلم الآخر قبل انقضاء العدة أنه لا مهر لها، وكذا قال في المرتد: إذا وطئ امرأته في العدة ثم أسلم قبل انقضاء العدة لا مهر عليه، **واختلف أصحابنا** فيه.

فمنهم من قال في الجميع قولان

(أحدهما)

(١) المجموع شرح المهذب ٢٦٢/١٧

يجب عليه مهر مثله لانه وطئ في نكاح قد تشعث، فهو كما لو لم يراجعها ولم يجتمعا على الاسلام.

(والثانى)

لا يجب عليه، لان الشعث زال بالرجعة والاسلام، ومنهم من حملها على ظاهرها، فإن راجعها في الردة من أحدهما فالصحيح من مذهبنا أنه لا يصح، وبه قال أحمد وأصحابه، لانه استباحة بضع مقصود فلم يصح مع الردة كالنكاح، ولان الرجعة تقرير للنكاح والردة تنافى ذلك فلم يصح اجتماعهما، وقال المازنى ما حاصله: إن قلنا تتعجل الفرقة بالردة لم تصح الرجعة لانها قد بانت بها، وإن قلنا لا تتعجل الفرقة فالرجعة موقوفة إن أسلم المرتد منهما في العدة صحت الرجعة: لاننا تبينا أن الفرقة وقعت قبل الرجعة.

وهذا قول أصحاب احمد واختيار أبى حامد الاسفراييني من أصحابنا.

وهكذا ينبغى ان يكون فيما إذا راجعها

بعد إسلام أحدهما.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

وتصح الرجعة من غير رضاها لقوله عز وجل " وبعولتهن أحق بردهن في ذلك " ولا تصح الرجعة إلا بالقول، فإن وطئها لم يكن ذلك رجعه لاستباحة بضع مقصود يصح بالقول، فلم يصح بالفعل مع القدرة على القول كالنكاح وإن قال: راجعتك أو ارتجعتك صح، لانه وردت به السنه، وهو قوله صلى الله عليه وسلم " مر ابنك فليراجعها " فان قال رددتك صح.

لانه ورد به القرآن وهو قوله عز وجل " وبعولتهن أحق بردهن في ذلك "." (١)

-٣٠٦

"حال ردتها لم تصح الرجعة، فإن انقضت عدتها قبل أن ترجع إلى الاسلام بانت باختلاف الدين.

وإن رجعت إلى الاسلام قبل انقضاء عدتها افتقر إلى استئناف الرجعة.

وقال المزني: تكون الرجعة موقوفة كما لو طلقها في الردة.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٦٦/١٧

وهذا خطأ لانه عقد استباحة بضع مقصود فلم يصح في حال الردة كالنكاح.

ويخالف الطلاق فإنه يصح تعليقه على الحظر والغرر، وكما أنه لا تصح الرجعة في ردتها فكذلك لا تصح في ردته كالنكاح، لان الرجعة تقرير للنكاح، والردة تنافي ذلك، فلم يصح اجتماعهما.

(مسألة) إذا قال الزوج راجعتك وأنكرت المرأة، فان كان قبل انقضاء عدتها فالقول قول الزوج، لانه يملك الرجعة فملك الاقرار بها كالزوج إذا أقر بطلاق زوجته.

وان انقضت عدتها فقال الزوج: كنت راجعتك قبل انقضاء عدتك.

وقالت الزوجة بل انقضت عدتي قبل ان يراجعني - ولا بينة للزوج - فقد نص الشافعي على أن القول قول الزوجة مع يمينها.

وكذا قال في الزوج إذا ارتد بعد الدخول ثم رجع إلى الاسلام، وقال رجعت إلى الاسلام قبل انقضاء عدتك، وقالت: بل انقضت عدتي قبل أن يرجع إلى الاسلام، فالقول قول الزوجة، وقال في نكاح المشركات: إذا أسلمت الزوجة بعد الدخول وتخلف الزوج ثم أسلم، فقال الزوج: أسلمت قبل انقضاء عدتك، وقالت الزوجه: بل أسلمت بعد انقضاء عدتي فالقول قول الزوج

**واختلف أصحابنا** في هذه المسائل على ثلاث طرق، فمنهم من قال: في الجميع قولان.

وهو اختيار القاضيين أبي حامد وأبي الطيب، أحدهما القول قول الزوج لان الزوجة تدعى أمرا يرفع النكاح، والزوج ينكره فكان القول قوله، لان الاصل بقاء النكاح.

والثانى أن القول قول الزوجه، لان الظاهر حصول البينونه وعدم الرجعة والاسلام.

والطريق الثاني: ان أظهر الزوج أولا الرجعة أو الاسلام ثم قالت الزوجه بعد ذلك: قد كانت عدتي انقضت قبل ذلك، فالقول قول الزوج، لانها ما دامت لم تظهر انقضاء العدة فالظاهر أن عدتها لم تنقض.." (١)

-٣٠٧

"وإن قال: والله لا وطئتك فيما دون الفرج لم يكن موليا، لانه لا ضرر في ترك الوطئ فيما دون الفرج، (فصل)

وإن قال والله لا أنيكك في الفرج، أو والله لا أغيب ذكرى في فرجك، أو والله لا أفتضك بذكرى، وهى بكر، فهو مول في الظاهر والباطن لانه صريح في الوطئ في الفرج وان قال: والله لا جامعتك أو لا وطئتك فهو

(١) المجموع شرح المهذب ٢٧١/١٧

مول في الحكم لان اطلاقه في العرف يقتضى الوطئ في الفرج.

وان قال أردت بالوطئ وطئ القدم وبالجماع الاجتماع بالجسم دين فيه لانه يحتمل ما يدعيه.

وان قال والله لا أفتضك ولم يقل بذكرى ففيه وجهان:

(أحدهما)

أنه صريح كالقسم الاول

(والثانى)

انه صريح في الحكم كالقسم الثاني، لانه يحتمل الافتضاض بغير ذكره

وإن قال والله لا دخلت عليك، أو لا تجتمع رأسي ورأسك، أو لا جمعنى وإياك بيت فهو كناية، فإن نوى به الوطئ في الفرج فهو مول، وان لم تكن له نية فليس بمول، لانه يحتمل الجماع وغيره، فلم يحمل على الجماع من غير نية كالكنايات في الطلاق.

وان قال والله لا باشرتك ولا مسستك أو لا أفضى اليك ففيه قولان، قال في القديم هو مول لانه ورد به القرآن بهذه الالفاظ والمراد بها الوطئ، فان نوى به غير الوطئ دين لانه يحتمل ما يدعيه.

وقال في الجديد: لا يكون موليا الا بالنية لانه مشترك بين الوطئ وغيره فلم يحمل على الوطئ من غير نية، كقوله لا اجتمع رأسي ورأسك.

واختلف أصحابنا في قوله لا أصيبك أو لا لمستك أو لا غشيتك أو لا باضعتك فمنهم من قال هو كقوله لا باشرتك أو لا مسستك فيكون على قولين.

ومنهم من قال: هو كقوله: لا اجتمع رأسي ورأسك، فإن نوى به الوطئ في الفرج فهو مول، وان لم يكن له نيه فليس بمول.

وان قال: والله لا غيبت الحشفة في الفرج فهو مول، لان تغييب ما دون الحشفة ليس بجماع ولا يتعلق به أحكام الجماع، فصار كما لو قال والله لا وطئتك وان قال: والله لا جامعتك الا جماع سوء، فان أراد به لا جامعتك الا في الدبر." (١)

-٣٠٨-

(١) المجموع شرح المهذب ١٧/٢٩٥

"حكم الايلاء في البواقى لانه قد حنث بإصابة واحدة، فإذا حنث مرة لم يعد الحنث عليه ولو قال والله لا أقرب واحدة منكن – يعني واحدة دون غيرها فهو مول من التى حلف لا يقربها وغير مول من غيرها اه

وجملة ذلك أنه إذا قال لاربع نسوة: والله لا أقربكن انبنى ذلك على أصل وهو الحنث بفعل بعض المحلوف عليه أو لا؟ فقد **اختلف أصحابنا** في ذلك، فإن قلنا بقول من قال يحنث فهو مول منهن كلهن في الحال لانه لا يمكنه وطئ واحدة بغير حنث فصار مانعا لنفسه من وطئ كل واحدة منهن من غير حنث فصار مانعا لنفسه من وطئ كل واحدة منهن في الحال، فإن وطئ واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وزال الايلاء من البواقى.

وإن طلق بعضهن أو مات لم ينحل الايلاء في البواقى.

وإن قلنا بقول من قال لا يحنث بفعل البعض لم يكن موليا منهن في الحال لانه يمكنه وطئ كل واحدة منهن من غير حنث، فلم يمنع نفسه بيمينه من وطئها فلم يكن موليا منها، فإن وطئ ثلاثا صار موليا من الرابعة لانه لا يمكنه وطؤها من غير حنث في يمينه.

وإن مات بعضهن أو طلقها انحلت يمينه وزال الايلاء لانه لا يحنث بوطئهن، وإنما يحنث بوطئ الاربع، فإن راجع المطلقة أو تزوجها بعد بينونتها عاد حكم يمينه.

وهذان القولان وجهان عند أصحاب أحمد ابن حنبل رضى الله عنهم، واختار ابن قدامة منهم أنها يمين حنث فيها فوجب ان تنحل كسائر الايمان، ولانه إذا وطئ واحدة حنث ولزمته الكفارة فلا يلزمه بوطئ الباقيات شئ فلم يبق ممتنعا من وطئهن بحكم يمينه فانحل الايلاء كما لو كفرها.

أما أصحابنا فقد ذهب أكثرهم إلى أنه لا يكون موليا منهن حتى يطأ ثلاثا فيصير موليا من الرابعة.

وحكى المزني عن الشافعي أنه يكون موليا منهن كلهن يوقف لكل واحدة منهن، فإذا أصاب بعضهن خرجت من حكم الايلاء، ويوقف لمن بقى حتى يفئ أو يطلق، ولا يحنث حيت يطأ الاربع.

وقال أصحاب الرأى: يكون موليا منهن كلهن، فان تركهن أربعة أشهر بن." (١)

-٣٠٩

"لان الحق لها ثابت.

وإنما تأخر لعدم امكان المطالبة.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣١٣/١٧

وقال الشافعي: لا تضرب

المدة في لصغيرة حتى تبلغ وقال أبو حنيفة تضرب المدة سوا أمكن الوطئ أو لم يمكن فإن لم يمكن فاء بلسانه، والا بانت بانقضاء المدة، وكذلك الحكم عنده في الناشز والرتقاء والقرناء والتى غابت في المدة، لان هذا ايلاء صحيح فوجب ان تتعقبه المدة كالتى يمكنه جماعها.

دليلنا أن حقها من الوطئ يسقط بتعذر جماعها فوجب أن تسقط المدة المضروبة له كما يسقط أجل الدين بسقوطه.

وأما التى أمكنه جماعها فتضرب له المدة في حقها لانه ايلاء صحيح ممن يمكنه جماعها فتضرب له المدة كالبالغة، ومتى قصد الاضرار بها بترك الوطئ أثم، ويستحب أن يقال له: اتق الله.

فإما أن تفئ واما أن تطلق، فإن الله تعالى قال " وعاشروهن بالمعروف " وقال تعالى " فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " وليس الاضرار من المعاشرة بالمعروف.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

وإن وطئها في الفرج فقد أوفاها حقها ويسقط الايلاء، وأدناه أن تغيب الحشفه في الفرج لان أحكام الوطئ تتعلق به، وان وطئها في الموضع المكروه أو وطئها فيما دون الفرج لم يعتد به، لان الضرر لا يزول الا بالوطئ في الفرج، فإن وطئها في الفرج، فان كانت اليمين بالله تعالى فهل تلزمه الكفارة؟ فيه قولان: قال في القديم. لا تلزمه لقوله عز وجل " فان فاءوا فان الله غفور رحيم " فعلق المغفرة بالفيئه، فدل على أنه قد استغنى عن الكفارة.

وقال في الجديد تلزمه الكفارة.

وهو الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم: " من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير، وليكفر عن يمينه " ولانه حلف بالله تعالى وحنث فلزمه الكفارة، كما لو حلف على ترك صلاة فصلاها.

**واختلف أصحابنا** في موضع القولين، فمنهم من قال: القولان فيمن جامع." (١)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٢٤/١٧

"فيئا لانه رجع من المغرب إلى المشرق، فسمى الجماع من المولى فيئة، لانه رجع إلى فعل ما تركه، وأدنى الوطئ الذى تحصل به الفيئة أن تغيب الحشفة في الفرج فان أحكام الوطئ تتعلق به، ولو وطئ دون الفرج أو في الدبر لم يكن فيئة لانه ليس بمحلوف على تركه ولا يزول الضرر بفعله.

(فرع)

إذا فاء لزمته الكفارة في قول أكثر أهل العلم أبو حنيفة ومالك والشافعي في الجديد وأحمد وأصحابهم حيث أوجبوا الكفارة على المولى إذا فاء بجماع امرأته.

وقال الشافعي في القديم والحسن البصري: لا كفارة عليه لقوله تعالى " فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم " قال النخعي: كانوا يقولون إذا فاء لا كفارة عليه.

وقال اسحاق: قال بعض أهل التأويل في قوله تعالى " فإن فاءوا " يعنى لليمين التى حنثوا فيها، وهو مذهب في الايمان لبعض التابعين فيمن حلف على بر أو تقوى أو باب من الخير ألا يفعله، فانه يفعله ولا كفارة عليه، والحجة له " فان فاءوا فان الله غفور رحيم " ولم يذكر كفارة.

وأيضا فان هذا يتركب على أن لغو اليمين ما حلف على معصية وترك وطئ الزوجة معصية.

وقال قتادة: هذا خالف الناس - يعنى الحسن البصري - وقد يستدل لهذا القول بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا " لا نذر ولا يمين فيما لا تملك ولا في معصية ولا في قطيعة رحم، ومن حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليتركها فان تركها كفارتها " رواه النسائي وأبو داود، وقد ذكر البيهقى في شعب الايمان أنه لم يثبت.

وقال أبو داود: الاحاديث كلها عن النبي صلى الله عليه وسلم " وليكفر عن يمينه الا ما لا يعبأ به " وقد **اختلف أصحابنا** في موضع القولين: فمنهم من قال وجه الخلاف فيمن جامع وقت المطالبة.

أما في وقت التربص فان الكفارة واجبة عليه قولا واحدا، لان الفيئة واجبة بعد المطالبة فلا يجب بها كفارة كالحلق عند التحلل من الاحرام، ومنهم من جعل القولين في الحالين بخلاف كفارة الحج، فانها تجب بالمحظور - يعنى الحلق في حال الاحرام - لان الحلق عند التحلل نسك.

وليس." (١)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٢٧/١٧

-٣١١

"(فصل)

وإن كان بينه وبين آخر عبد وهو موسر فأعتق نصيبه ونوى عتق الجميع عن الكفارة أجزأه، لانه عتق العبد بالمباشرة والسراية، وحكم السراية حكم المباشرة، ولهذا إذا جرحه وسرى إلى نفسه جعل كما لو باشر قتله، وإن كان معسرا عتق نصيبه، وإن ملك نصيب الآخر وأعتقه عن الكفارة أجزأه، لانه أعتق جميعه عن الكفارة. وإن كان في وقتين فأجزأه كما لو أطعم المساكين في وقتين، وإن أعتق نصف عبدين عن كفارة ففيه ثلاثة أوجه

(أحدهما)

لا يجزئه لان المأمور به عتق رقبة ولم يعتق رقبة

(والثانى)

يجزئه لان أبعاض الجملة كالجملة في زكاة الفطر، وزكاة المال، فكذلك في الكفارة.

(والثالث) أنه إن كان باقيهما حرا أجزاه، لانه يحصل تكميل الاحكام والتمكين من التصرف في منافعه على التمام، وإن كان مملوكا لم يجزه، لانه لا يحصل له تكميل الاحكام والتمكين التام.

(فصل)

إذا قال لغيره أعتق عبدك عنى فأعتقه عنه دخل العبد في ملكه وعتق عليه، سواء كان بعوض أو بغير عوض، واختلف أصحابنا في الوقت الذى يعتق عليه، فقال أبو إسحاق يقع الملك والعتق في حالة واحدة، ومن أصحابنا من قال: يدخل في ملكه ثم يعتق عليه، وهو الصحيح، لان العتق لا يقع عنه في ملك غيره فوجب أن يتقدم الملك ثم يقع العتق.

وإن قال أعتق عبدك عن كفارتي، فأعتقه عن كفارتة أجزأه لانه وقع العتق عنه فصار كما لو اشتره ثم أعتقه

(الشرح) حديث خولة بنت مالك بن ثعلبة رواه أبو داود وابن أسحاق وأحمد بمعناه وفى إسناده محمد بن اسحاق، وأخرج بن ماجه والحاكم نحوه من حديث عائشة قالت: تبارك الذى وسع سمعه كل شئ، انى لاسمع كلام خولة بنت ثعلبة ويخفى على بعضه وهى تشتكى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فذكرت الحديث

وأصله في البخاري من هذا الوجه إلا أنه لم يسمها وأخرج أبو داود والحاكم أيضا من حديث عائشة من وجه آخر قالت: كانت جميلة امرأة أوس بن الصامت (أخى عبادة بن الصامت) وكان امرءا به لمم.." (١)

-٣١٢

"(الشرح) الاحكام: اختلف أصحابنا في هل يلزمه أن يخرج من غالب قوته أو من غالب قوت البلد؟ على وجهين.

قال أبو عبيد بن حربويه يلزمه من غالب قوته وهو اختيار الشيخ أبي حامد، لان الزكاة زكاتان، زكاة المال وزكاة النفس، فلما

كانت زكاة النفس يجب إخراجها من غالب قوت البلد لقوله تعالى " من أوسط ما تطعمون أهليكم " والاوسط الاعدل، وأعدل ما يطعم أهله قوت البلد، فإن عدل عن قوته وقت بلده إلى قوت بلد آخر، فإن كان أعلى منها وجب عليه إخراجه، بأن عدل عن الذرة والشعير إلى البر، أو كان في مصر وأخرج زبيبا أجزأه لانه أعلى مما وجب عليه، وإن كان دون ذلك بأن عدل عن البر إلى الذرة والشعير فهل يجزئه؟ فيه قولان حكاهما الشيخ أبو حامد، وحكاهما المصنف في المهذب هنا وجهين.

(أحدهما)

يجزئه لانه قوت تجب فيه الزكاة

(والثانى)

لا تجزئه وهو الاصح لانه دون ما وجب عليه، وإن أخرج من قوت لا تجب فيه الزكاة - فإن كان غير الاقط - لم يجزه، وإن كان من الاقط ففيه وجهان كما قلنا في زكاة الفطر، وان كان في بلد لا قوت لهم تجب فيه الزكاة وجب من قوت أقرب بلد إليه، وله يجزئه اخراج الخبز والدقيق والسويق؟ فيه وجهان

(أحدهما)

يجزئه لانه مهيأ للاقتيات

(والثانى)

لا يجزئه وهو الاصح لانه قد فوت فيه وجوها من المنفعة.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٧١/١٧

وان أخرج القيمة لم يجزه كما قلنا في الزكاة وأكثر أهل المدن يقلدون من يجيز اخراج القيمة بيد أن الاولى عندنا والاقرب إلى المذهب أن يشترى دقيقا يخرجه منه، وهو وجه صحيح عندنا، وان كان الاصح غيره كما تقدم.

(مسألة) قوله " ولا يجوز أن يدفع الواجب إلى أقل من ستين مسكينا الخ " فجملة ذلك أنه إذا دفع إلى مائة وعشرين مسكينا ستين مدا لكل مسكين نصف مد لم يجزه ذلك.

وقيل له اختر له منهم ستين مسكينا وادفع إلى كل واحد منهم نصف مد، لانه لا يجوز أن يدفع إلى كل واحد منهم أقل من مد، فإن دفع إلى ستين مسكينا ستين مدا إلى كل واحد منهم مدا دفعة واحدة أو في أوقات متفرقة

أجزأه لقوله تعالى " فإطعام ستين مسكينا " فعم ولم يخصص.." (١)

-٣١٣

"ولا يلاعن لدرء التعزير لانه تعزير لدفع الاذى، لانا قد حددناه للقذف، فإن ثبت بالبينة أو بالاقرار أنها زانية ثم قذفها فقد روى المزني انه لا يلاعن لدرء التعزير.

وروى الربيع انه يلاعن لدرء التعزير.

**واختلف أصحابنا** فيه على طريقين، فقال ابو اسحاق: المذهب ما رواه المزني وما رواه الربيع من تخريجه لان اللعان جعل لتحقيق الزنا وقد تحقق زناها بالاقرار أو البينة، ولان القصد باللعان إسقاط ما يجب بالقذف، والتعزير ههنا على الشتم لحق الله تعالى لا على القذف، لانه بالقذف لم يلحقها معرة.

وقال ابو الحسن بن القطان وأبو القاسم الداركى: وهى على قولين

(أحدهما)

لا يلاعن لما ذكرناه

(والثانى)

يلاعن لانه إذا جاز أن يلاعن لدرء التعزير فيمن لم يثبت زناها، فلان يلاعن فيمن ثبت زناها أولى.

(الشرح) درء العقوبة دفعها وإزالتها، وبابه نفع، ودارأته دافعته، وفى الحديث " ادرءوا الحدود بالشبهات " وفى الكتاب " ويدرءون بالحسنة السيئة " وقال تعالى (فادارأتم فيها) أي تماريتم وتدافعتم، والمدارأة بالهمز المدافعة.

قال الشاعر بلسان ناقته: تقول وقد درأت لها وضينى

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٧/٣٨٠

* أهذا دينه أبدا وديني؟ أكل الدهر حل وارتحال؟

* فما تبقى على ولا تقيني

والمداراة بغير همز الاخذ بالرفق أو المخاتلة.

يقال داريته إذا لاينته، ودريته إذا ختلته.

ومنه: فإن كنت لا أدرى الظباء فانني

* أدس لها تحت التراب الدواهيا أما الاحكام فإن حد القذف حق للمقذوف، فإن عفا عنه سقط وان مات قبل أن يستوفيه ورث عنه، وقال أبو حنيفة: وهو حق لله لا حق للمقذوف فيه، فإن عفا عنه لم يسقط، وان مات لم يورث عنه.

ووافقنا أنه لا يستوفى الا بمطالبته.

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم " إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام " فأضاف العرض الينا كإضافة الدم والمال، فوجب أن يكون ما في مقابلته." (١)

-٣١٤

"أن يطالب بما وجب لها من الحد أو التعزير لم يكن له ذلك، لان طريقة التشفي من القاذف بإقامة الحد عليه فلم يكن له ذلك كالقصاص، فإن التعن الزوج منها فقد قال الشافعي رضى الله عنه: وقعت الفرقة واختلف أصحابنا فيه على وجهين، فمنهم من قال إن كانت حاملا فللزوج أن يلاعن لان اللعان يحتاج إليه لنفى الولد عنه.

وإن كانت حائلا لم يكن له أن يلاعن لان اللعان يراد لاسقاط الحد أو لنفى الولد ولا ولد ههنا فتحتاج إلى نفيه، ولا يجب عليه الحد إلا بمطالبتها ولا مطالبة لها قبل الافاقة، فلم يكن له أن يلاعن.

وقال أبو إسحاق المروزى: له أن يلاعن سواء كانت حاملا أو حائلا، لانها إن كانت حاملا احتاج إلى اللعان لنفى الولد، وإن كانت حائلا احتاج إلى اللعان

لاسقاط الحد الواجب عليه في الظاهر كمن وجب عليه دين إلى أجل فله أن يدفعه قبل حلول الاجل، والاول أصح لان الشافعي قال " ليس على الزوج أن يلتعن حتى تطالب المقذوفة بحدها.

(مسألة) وإن قذف زوجته الصغيرة - فإن كانت لا يوطأ مثلها - كابنة سبع سنين يعلم يقينا أنها لا توطأ

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٩٣/١٧

وأنه كاذب ويجب عليه التعزير للكذب، وليس له أن يلاعن لاسقاط هذا التعزير لانا نتحقق كذبه فلا معنى للعان.

قال الشيخ أبو حامد ولا يقام عليه التعزير إلا بعد بلوغها، لانه لا يصح مطالبتها ولا ينوب عنها الولى في المطالبة.

وإن كانت صغيرة يوطأ مثلها كإبنة تسع سنين فما زاد صح قذفه، لان ما قاله يحتمل الصدق والكذب، ولا يجب عليه الحد بقذفها لانها ليس بمحصنة، وإنما يجب عليها التعزير، وهل للزوج أن يلاعن لاسقاط التعزير؟ فيه وجهان.

من أصحابنا من قال ليس له أن يلاعن، لان اللعان يراد لنفى النسب أو لاسقاط ما وجب عليه من الحد أو التعزير بقذفها، وذلك لا يجب قبل مطالبتها.

وقال أبو إسحاق، له أن يلاعن لاسقاط ما وجب عليه من التعزير في الظاهر وإن لم تطالب به كما يجوز أن يقدم ما وجب عليه من الدين المؤجل قبل حلوله.

وإن كانت له زوجة كتابية فقذفها لم يجب عليه الحد لانها ليست بمحصنة، ويجب عليه التعزير، وحكمه حكم الحد الذى يجب عليه بقذف المحصنة يسقط عنه." (١)

-٣١٥

"بإقامة البينة على زناها أو باللعان، لانه إذا سقط عنه الحد الكامل بذلك فلان يسقط ما هو دونه بذلك أولى.

وإن كانت الزوجة أمة فقذفها لم يجب عليه الحد لانها ليست بمحصنة، ويجب عليه التعزير، وليس للسيد أن يطالب به لانه ليس بمال ولا له بدل هو مال،

وحق السيد إنما يتعلق بالمال أو بما بدله المال، فإن طالبته الامة به كان له أن يسقط ذلك بالبينة أو باللعان كما قلنا في الحد الذى يجب عليه بقذف المحصنة.

وإن عفت الامة عما وجب لها من التعزير سقط لانه لا حق للسيد فيه (مسألة) إذا قامت البينة على امرأة بالزنا أو أقرت بذلك ثم قذفها الزوج أو أجنبي بذلك الزنا أو بغيره لم يجب عليه حد القذف لقوله تعالى " والذين يرمون المحصنات " الآية.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٩٥/١٧

وهذه ليست بمحصنة، ولان القذف هو ما احتمل الصدق والكذب.

فأما ما احتمل أحدهما فإنه لا يكون قذفا، ألا ترى أنه لو قذف الصغيرة التي لا يوطأ مثلها في العادة.

أو قال الناس كلهم زناة لم يكن قذفا ولان الحد إنما جعل دفعا للعار عن نسب المقذوفة، وهذه لا عار عليها بذلك القذف، لان زناها قد ثبت ويجب عليه التعزير لانه أذاها وسبها وذلك محرم فعزر لاجله، فإن كان المؤذى لها بذلك أجنبيا لم يسقط عنه ببينة ولا بغيرها، لان هذا تعزير أذى وليس بتعذير قذف.

وإن كان المؤذى لها بذلك زوجها فهل له إسقاطه باللعان.

نقل المزني ليس له إسقاطه باللعان.

ونقل الربيع أن له إسقاطه باللعان، **فاختلف أصحابنا** في ذلك، فقال ابو اسحاق الصحيح ما نقله المزني، وما نقله الربيع غلط، لان اللعان إنما يراد لتحقيق الزنا والزنا هنا متحقق فلا فائدة في اللعان.

ولان اللعان إنما أسقط حق المقذوفة، وأما حق الله فلا يسقط، وهذا التعزير لحق الله تعالى فلم يجز إسقاطه باللعان، كما قلنا فيمن قذف صغيرة لا يوطأ مثلها فإن قيل لو كان هذا التعزير لحق الله تعالى لما كان يفتقر إلى مطالبتها، كما لو قال، الناس كلهم زناة، فإن الامام يعزره من غير مطالبة.

قلنا انما افتقر إلى مطالبتها لانه يتعلق بحق امرأة بعينها.

وقال أبو الحسين ابن القطان وابو القاسم الداركى هي على قولين." (١)

-٣١٦

"قال المصنف رحمه الله تعالى:

باب ما يلحق من النسب وما لا يلحق وما يجوز نفيه باللعان وما لا يجوز

إذا تزوج امرأة وهو ممن يولد لمثله، وأمكن اجتماعهما على الوطئ، وأتت بولد لمدة يمكن أن يكون الحمل فيها لحقه في الظاهر لقوله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش " ولان مع وجود هذه الشروط يمكن أن يكون الولد منه، وليس ههنا ما يعارضه ولا ما يسقطه، فوجب أن يلحق به

(فصل)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٩٦/١٧

وإن كان الزوج صغيرا لا يولد لمثله لم يلحقه، لانه لا يمكن أن يكون منه وينتفى عنه من غير لعان، لان اللعان يمين واليمين جعلت لتحقيق ما يجوز أن يكون، ويجوز أن لا يكون فيتحقق باليمين أحد الجائزين، وههنا لا يجوز أن يكون الولد له فلا يحتاج في نفيه إلى اللعان.

**واختلف أصحابنا** في السن التى يجوز أن يولد له، فمنهم من قال يجوز أن يولد له بعد عشر سنين، ولا يجوز أن يولد له قبل ذلك، وهو ظاهر النص.

والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم " مروهم بالصلاة وهم أبناء سبع، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر، وفرقوا بينهم في المضاجع " ومنهم من قال يجوز أن يولد له بعد تسع سنين ولا يجوز أن يولد له قبله، لان المرأة تحيض لتسع سنين فجاز أن يحتلم الغلام لتسع، وما قاله الشافعي رحمه الله أراد على سبيل التقريب لانه لابد أن يمضى بعد التسع إمكان الوطئ وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر، وذلك قريب من العشرة وإن كان الزوج مجبوبا فقد روى المزني أن له أن يلاعن، وروى الربيع أنه ينتفى من غير لعان.

**واختلف أصحابنا** فيه فقال أبو إسحاق إن كان مقطوع الذكر والانثيين انتفى من غير لعان لانه يستحيل أن ينزل مع قطعهما، وإن قطع أحدهما لحقه، ولا ينتفى إلا بلعان، لانه إذا بقى الذكر أولج وأنزل، وإن بقى الانثيان ساحق وأنزل، وحمل الروايتين على هذين الحالين." (١)

-٣١٧

"ولدها لما قبل العقد إذ هو المفرط بنكاح حامل بالزنا فلا يشرع له نفيه.

وبهذا قال أحمد وأصحابه.

(والثانى)

قول أبي على بن أبي هريرة، لنفى ما عساه يلحقه من نسب لا يرضاه وليس من فراشه ولا ينتفى إلا باللعان فجاز له وقال مالك وأبو ثور وأحمد: إن قذفها بزنا أضافه إلى ما قبل النكاح حد ولم يلاعن سواء كان ثم ولد أو لم يكن، وروى ذلك عن سعيد بن المسيب والشعبى وقال الحسن وزرارة بن أبي أوفى وأصحاب الرأى: له أن يلاعن لانه قذف امرأته فيدخل في عموم قوله تعالى " والذين يرمون أزواجهم " ولانه قذف امرأته فأشبه ما لو قذفها ولم يضفه إلى ما قبل النكاح.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٩٩/١٧

وحكى الشريف أبو جعفر عن أحمد رواية أخرى.

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل)

وإن أبانها ثم قذفها بزنا أضافه إلى حال النكاح – فان لم يكن نسب – لم يلاعن لدرء الحد لانه قذف غير محتاج إليه، وإن كان هناك نسب – فإن كان ولدا منفصلا – فله أن يلاعن لنفيه لانه يحتاج إلى نفيه باللعان، وأن كان حملا فقد روى المزني في المختصر أن له أن ينفيه.

وروى في الجامع أنه لا يلاعن حتى ينفصل الحمل **واختلف أصحابنا** فيه، فقال أبو إسحاق لا يلاعن قولا واحدا، وما رواه المزني في المختصر أراد إذا انفصل، وقد بين في الام، فإنه قال لا يلاعن حتى ينفصل، ووجهه أن الحمل غير متحقق لجواز أن يكون ريحا فينفش، ويخالف إذا قذفها في حال الزوجية، لان هناك يلاعن لدرء الحد فتبعه نفى الحمل، وههنا

ينفرد الحمل باللعان فلم يجز قبل أن يتحقق ومن أصحابنا من قال في قولان: أحدهما لا يلاعن حتى ينفصل، لما ذكرناه والثانى يلاعن، وهو الصحيح، لان الحمل موجود في الظهار ومحكوم بوجوده، ولهذا أمر بأخذ الحامل في الديات ومنع من أخذها في الزكاة، ومنعت الحامل إذا طلقت أن تتزوج حتى تضع، وهذه الطريقة هي الصحيحة، لان الشافعي." (١)

-٣١٨

"رحمه الله نص في مثلها على قولين وهى في نفقة المطلقة الحامل فقال فيها قولان

(أحدهما)

تجب لها النفقة يوما بيوم

(والثانى)

لا تجب حتى ينفصل

(فصل)

وإن قذف امرأته وانتفى عن حملها وأقام على الزنا بينة سقط عنه الحد بالبينة، وهل له أن يلاعن لنفى الحمل

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٢٤/١٧

قبل أن ينفصل؟ على ما ذكرناه من الطريقين في الفصل قبله.

(الشرح) إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا يا زانية في فراشي نظرت - فإن كان هناك نسب يريد أن ينفيه، ولا يتحقق هذا إلا إذا انفصل الولد عنها - لاعن، لانه محتاج إلى نفيه، وبه قال مالك وأحمد، حيث نقل منها قال: سألت أحمد عن رجل قال لامرأته أنت طالق يا زانية ثلاثا، فقال يلاعن.

قلت إنهم يقولون يحد ولا يلزمها إلا واحدة.

قال بئس ما يقولون، فهذا يلاعن لانه قذفها قبل الحكم ببينونتها فأشبه القذف، فإن كان بينهما ولد فإنه يلاعن لنفيه وإلا حد ولم يلاعن، لانه يتعين إضافة القذف إلى حال الزوجية لاستحالة الزنا منها بعد طلاقه لها فصار كأنه قال لها بعد ابانتها: زنيت ان كنت زوجتى، على ما قررناه، وبه قال مالك.

وقال عثمان البتى: لا يلاعن بأى حال لانها ليست بزوجة.

وقال أبو حنيفة في الوجهين لا يلاعن - يعنى في حال نفى النسب والحمل - لانها ليست زوجة، وينتقض عليها هذا القذف قبل الزوجية، كما ذكرنا آنفا، بل هذا أولى، لان النكاح قد تقدم وهو يريد الانتفاء من النسب وتبرئته من ولد يلحق به فلابد من اللعان، فإن كان هناك حمل يرجى فقد روى المزني في المختصر أن له أن ينفيه وروى رواية أخرى أنه لا يلاعن حتى ينفصل الحمل.

فاختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق المروزى: لا يلاعن قولا واحدا، وأول ما رواه المزني في المختصر أن الامام الشافعي أراد إذا انفصل قال الشافعي رضي الله عنه في الأم: ولو قال رجل لامرأته أنت طالق ثلاثا." (١)

-٣١٩

"الحد، لان اللعان لا يسقط إلا ما يجب بالقذف في الزوجية لحاجته إلى قذف الزوجة، وقد زالت الزوجية باللعان فزالت الحاجة إلى القذف فلزمه الحد، وان تلاعنا ثم قذفها أجنبي حد، لان اللعان حجة يختص بها الزوج فلا يسقط به الحد عن الأجنبي فان قذفها ولاعنها ونكلت عن اللعان فحدت فقد اختلف أصحابنا فيها، فقال أبو العباس: لا يرتفع احصانها إلا في حق الزوج، فان قذفها أجنبي وجب عليه الحد لان اللعان حجة اختص بها الزوج فلا يبطل به الاحصان إلا في حقه.

وقال أبو إسحاق: يرتفع احصانها في حق الزوج والاجنبى، فلا يجب على واحد منهما الحد بقذفها، لانها

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٧/٤٢٥

محدودة في الزنا فلم يحد قاذفها، كما لو حدت بالاقرار أو البينة (الشرح) الاحكام: إذا قذفها ثم مات قبل لعانها أو قبل اتمام لعانه سقط اللعان ولحقه الولد وورثته في قول جميع الفقهاء، ولان اللعان لم يوجد فلم يثبت حكمه.

وان مات بعد أن أكمل لعانه فقد بانت بلعانه ولو لم تلاعن هي، وسقط التوارث بينهما وانتفى الولد ولزمها الحد الا أن تلتعن وقال أحمد: ان مات بعد أن أكمل لعانه وقبل لعانها فكمن مات قبل أن يتم لعانه أو قبل أن يلاعن يسقط اللعان ويلحقه الولد وترثه.

لان أحكام اللعان مترتبة على اللعان عنده.

وتمامه أن تلاعن هي دليلنا قول ابن عباس رضى الله عنهما: ان التعن لم يرث.

ونحو ذلك عن الشعبي

وعكرمة.

لان اللعان يوجب فرقة تبين بها فيمنع التوارث.

كما لو التعن في حياتها وقال أحمد: ان مات على الزوجية فورثها كما لو لم يلتعن.

ولان اللعان سبب الفرقة فلم يثبت حكم بعد موتها كالطلاق.

وفارق اللعان في الحياة فانه يقطع الزوجية.

على أنهم قالوا: لو لاعنها ولم تلتعن هي لم تنقطع الزوجية أيضا فههنا أولى.

وقال الشافعي رضى الله عنه " ان كان ثم ولد يريد نفيه فله أن يلتعن " وهذا ينبنى على أصل – وهو أن اللعان انما يكون بين الزوجين – فان لعان الرجل وحده يثبت به الحكم.

وعند أحمد بخلاف ذلك.

فان كانت طالبت بالحد في حياتها – فان كان للمرأة وارث غير الزوج – فله اللعان ليسقط الحد عن." (١)

-٣٢٠

"ابن عباس والزهرى والشعبي والنخعي وقتادة ومالك وأبو عبيد وأحمد بن حنبل، (فرع)

إذا قذفها أجنبي بعد لعانه فإن كانت قد درأت عن نفسها الحد باللعان أقيم على الأجنبي الحد قولا واحدا، وان نكلت فقد اختلف أصحابنا، فعلى قول أبي العباس بن سريج يجب حده لانه لم يرتفع احصانها الا في

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٥٦/١٧

حق الزوج.

وعلى قول أبى اسحاق المروزى يرتفع احصانها مطلقا فلا يجب على أحد الحد بقذفها، لانها محدودة باللعان كما لو حدت بالاقرار أو بالبينة قال ابن قدامة: فأما ان أقام بينة فقذفها قاذف بذلك الزنا أو بغيره فلا حد عليه لانه قد زال احصانها، ولان هذا القذف لم يدخل المعرة عليها، وانما دخلت المعرة بإقامة البينة، ولكنه يعزر تعزير السب والاذى.

وهكذا كل من قامت البينة بزناه لا حد على قاذفه.

وبه قال الشافعي وأصحاب الرأى، ولكنه يعزر تعزير الاذى والسب ولا يملك الزوج اسقاطه عن نفسه باللعان لما قدمناه.

اه.

والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل.

تم الجزء السابع عشر ويليه الجزء الثامن عشر وأوله كتاب الايمان." (١)

-٣٢١

"والايلاء أنه يمين.

وروى المزني في القسامة أنه ليس بيمين، واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال المذهب ما نص عليه في الايمان والايلاء لان التاء من حروف القسم، والدليل عليه قوله عز وجل " وتالله لاكيدن أصنامكم بعد أن تولوا مدبرين " وقوله تعالى " تالله لقد آثرك الله علينا وان كنا لخاطئين " فصار كا لو قال والله وبالله، وما رواه المزني صحف فيه، والذي قال المزني في القسامة بالباء المعجمة من تحت وتعليله يدل عليه، فإنه قال لانه دعاء وتالله الله ليس بدعاء ومن أصحابنا من قال ان كان في الايمان والايلاء فهو يمين لانه يلزمه حق.

وان كان في القسامة لم يكن يمينا لانه يستحق به المال فلم يجعل يمينا وان قال الله لافعلن كذا فإن أراد به اليمين فهو يمين لانه قد تحذف حروف القسم، ولهذا روي أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أخبر النبي صلى الله عليه

وسلم أنه قتل أبا جهل، فقال الله انك قتلته؟ قال الله اني قتلته " وان لم يكن له نية لم يكن يمينا لانه لم يأت بلفظ القسم.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٥٨/١٧

وان قال لاها الله ونوى به اليمين فهو يعين، لما روي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قال في سلب قتيل قتله أبو قتادة " لاها الله إذا لا يعمد إلى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن دين الله ورسوله فيعطيك سلبه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق وان لم ينو اليمين لم يكن يمينا لانه غير متعارف في اليمين فلم يجعل يمينا من غيرنية.

وان قال وايم الله ونوى اليمين فهو يمين، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في أسامة بن زيد " وأيم الله، انه لخليق بالامارة فإن لم يكن له نية لم يكن يمينا لانه لم يقترن به عرف ولانية (الشرح) حديث عبد الله بن مسعود أخرجه أبو داود وأحمد بمعناه.

وقال في منتفى الاخبار: وانما أدرك ابن مسعود أبا جهل وبه رمق فأجهز عليه.

وروى معنى ذلك أبو داود وغيره.

وقال في النيل شرح المنتفى: حديث ابن مسعود هو من رواية ابنه أبي عبيدة عنه ولم يسمع منه، كما تقدم غير مرة." (١)

-٣٢٢

"عروة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم أخر الافاضة من غرفة من أجل أسامة بن زيد ينتظره، فجاء غلام أسود أفطس، فقال أهل اليمن انما حبسنا من أجل هذا، قال فلذلك كفر أهل اليمن من أجل هذا.

قال يزيد بن هرون " يعني ردتهم يام أبي بكر الصديق ولما فرض عمر بن الخطاب للناس فرض لاسامة خمسة آلاف ولعبد الله بن عمر ألفين، فقال ابن عمر فضلت على أسامة وقد شهدت ما لم يشهد؟ فقال أن أسامة كان أحب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم منك.

وأبوه كان أحب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من أبيك أما الاحكام، فحروف القسم ثلاثة.

الباء وهى الاصل وتدخل على المظهر والمضمر جميعا، والواو وهى بدل من الباء تدخل على المظهر دون المضمر لذلك وهى أكثر استعمالا وبها جاءت أكثر الاقسام في الكتاب والسنة، وانما كانت الباء الاصل لانها الحرف الذي تصل به الافعال القاصرة عن التعدي إلى مفعولاتها والتقدير في القسم، أقسم بالله، كما قال تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) والتاء بدل من الواو، وتختص بإسم واحد من أسماء الله تعالى وهو الله ولا

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣١/١٨

تدخل على غيره، فيقال تالله.

ولو قال تالرحمن أو تالرحيم لم يكن قسما، فإذا أقسم بأحد هذه الحروف الثلاثة في موضعه كان قسما صحيحا لانه موضوع له.

وقد جاء في كتاب الله تعالى وكلام العرب، قال الله تعالى (تالله لتسأل عما كنتم تفترون) (تالله لقد آثرك الله علينا) (تالله تفتؤ تذكر يوسف) (تالله لقد علمتم) (وتالله لاكيدن أصنامكم)

وقد اختلف أصحابنا فيه لما روى المزني في القسامة وما رواه الربيع في الام فرواية المزني أنه ليس بيمين، والصواب كما رواه الربيع في الام فإن قال ما أردت به القسم لم يقبل منه لانه أتى باللفظ الصريح في القسم، واقترنت به قرينة دالة، وهو الجواب بجواب القسم وان قال بالله ونوى الاستعانة بالله والتحصن بالله أو الثقة بالله لم يكن يمينا فإن أطلق كان يمينا وان لم ينو اليمين لانه يؤخذ بلفظه (فرع)

وان أقسم بغير حرف القسم فقال الله لاقومن: بالجرأو النصب،." (١)

-٣٢٣

"والجنب وما يعلو اللحم ويتخلله من البياض حنث لانه لحم سمين، وإن حلف على الشحم فأكل ذلك لم يحنث لانه ليس بشحم، وان حلف على اللحم أو الشحم فأكل الكبد أو الطحال أو الرئة أو الكرش أو المخ لم يحنث لانه مخالف للحم والشحم في الاسم والصفة.

وإن حلف على اللحم فأكل لحم الخد أو لحم الرأس أو اللسان ففيه وجهان أحدهما يحنث لانه لحم، والثاني لا يحنث لان اللحم لا يطلق إلا على لحم البدن واختلف أصحابنا في الالية، فمنهم من قال هو شحم يحنث به في اليمين على الشحم ولا يحنث به في اليمين على اللحم لانه يشبه الشحم في بياضه ويذوب كما يذوب الشحم، ومنهم من قال هو لحم فيحنث به في اليمين على اللحم ولا يحنث به في اليمين على الشحم لانه نابت في اللحم ويشبهه في الصلابة.

ومنهم من قال ليس بلحم ولا شحم ولا يحنث به في اليمين على واحد منهما، لانه مخالف للجميع في الاسم والصفة فصار كالكبد والطحال وإن حلف على اللحم فأكل شحم العين لم يحنث لانه مخالف للحم في الاسم والصفة، وان حلف على الشحم فأكله ففيه وجهان أحدهما يحنث به بدخوله في اسم الشحم، والثاني لا يحنث به لانه لايدخل في إطلاق اسمه، كما لايدخل لحم السمك في إطلاق اليمين على اللحم، ولا التمر

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٤/١٨

الهندي في اليمين على التمر.

(الشرح) قوله "كل ما يؤكل لحمه من النعم والوحش والطير " احترز به عما لا يؤكل لحمه ككل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير والخنزير والميتة وجملة ذلك أن الحالف على ترك أكل اللحم لا يحنث بأكل ما ليس بلحم من الشحم والمخ، وهو الذي في العظام، والدماغ وهو الذي في الرأس في قحفه ولا الكبد والطحال والرئة والقلب والكرش والمصران والقانصة ونحوها، وبهذا قال أحمد

وقال أبو حنيفة ومالك، يحنث بأكل هذا كله لانه لحم حقيقة، ويتخذ منه ما يتخذ من اللحم فأشبه لحم الفخذ دليلنا أنه لا يسمى لحما وينفرد عنه باسمه وصفته، ولو أمر وكيله بشراء لحم." (١)

-٣٢٤

"أبو حنيفة ومالك يحنث.

دليلنا أنه لا يسمى لحما وينفرد عنه باسمه وصفته، ولو أمر وكيله بشراء لحم، فأشترى شحما لم يكن ممتثلا لامره ولا ينفذ الشراء للموكل فلم يحنث بأكله كالبقل فإذا حلف لا يأكل شحما فأكل لحما لم يحنث قولا واحدا لانهما جنسان مختلفان اسما وصفة.

وبهذا قال أبو حنيفة.

وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن: إذا حلف لا يأكل شحما فأكل لحما حنث لان اللحم لا يخلو من شحم، ولا يكاد اللحم يخلو من شئ منه وإن قل فيحنث به.

وذهب بعض أصحاب أحمد إلى مخالفة الخرقى إلى أنه لا يحنث.

قال ابن قدامة وهو الصحيح، لانه لا يسمى شحما ولا يظهر فيه طعمه ولا لونه، والذى يظهر في المرق قد فارق اللحم فلا يحنث بأكل اللحم الذي كان فيه.

(فرع)

إذا حلف على اللحم فأكل لحم الخد أو لحم الرأس أو اللسان فوجهان

(أحدهما)

يحنث لانه لحم حقيقة – وبه قال أحمد في لحم الخد – وحكى عن أبى موسى من أصحاب أحمد أنه لا يحنث إلا أن ينويه باليمين.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٥٩/١٨

وقال أصحاب أحمد

في اللسان وجهان كاوجهين عندنا وفي لحم الرأس والاكارع روى عن أحمد ما يدل على أنه لا يحنث، لان من حلف لا يشترى لحما فاشترى رأسا أو كارعا لا يحنث إلا أن ينوى أن لا يشترى من الشاة شيئا، لان إطلاق اسم اللحم لا يتناول الرؤوس والاكارع، ولو وكله في شراء لحم فاشترى رأسا أو كارعا لم يلزمه والوجه الثاني لا يحنث لما ذكره المصنف، واختلف أصحابنا في الالية، فمنهم من جعلها من الشحم، فلو حلف على الشحم فأكلها حنث، لانها تشبه الشحم في ذوبها وشكلها، فلو حلف لا يأكل لحما فأكلها لم يحنث، وممن قال هي شحم أبو يوسف ومحمد.

ومن أصحابنا من قال هو لحم لانها نابتة في اللحم وتشبهه في الصلابة.

قال ابن قدامة وليس بصحيح لانها لا تسمى لحما ولا يقصد بها ما يقصد به، وتخالفه في اللون والذوب والطعم فلم يحنث بأكلها كشحم البطن.

(فرع)

كل ما كان مقيدا بالنعت أو بالاضافة لا ينصرف إليه اليمين إذا أطلق كمن حلف لا يأكل تمرأ فإنه لا يتناول التمر الهندي أو الشحم فلا يتناول الشحم." (١)

-٣٢٥

"قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل)

وان حلف ليأكلن هذا الرغيف غدا فأكله من الغدير في يمينه، لانه فعل ما حلف على فعله، وان ترك أكله في الغد حتى انقضى حنث لانه فوت المحلوف عليه باختياره، وان أكل نصفه في الغد حنث لانه قدر على أكل الجميع ولم يفعل، وان أكله في يومه حنث لانه فوت المحلوف عليه باختياره فحنث كما لو ترك أكله حتى انقضى الغد، وان حلف الرغيف في يومه أو في الغد قبل أن يتمكن من أكله ففيه قولان كالمكره، وان تلف من الغند بعد ما تمكن من أكله ففيه طريقان، من أصحابنا من قال يحنث قولا واحدا، لانه فوته باختياره. ومنهم من قال فيه قولان لان جميع العند وقت للاكل فلم يكن تفويته بفعله فإن حلف ليقضينه حقه عند

---

(١) المجموع شرح المهذب ٦١/١٨

رأس الشهر مع رأس الشهر فقضاء قبل رؤية الهلال حنث لانه فوت القضاء باختياره، وإن رأى الهلال ومضى زمان أمكنه فيه القضاء فلم يقضه حنث، لانه فوت القضاء باختياره، وان أخذ عند رؤية الهلال في كيله وتأخر الفراغ منه لكثرته لم يحنث، لانه لم يترك القضاء، وان أخر عن أول ليلة الشك ثم بان أنه كان من الشهر ففيه قولان كالناسي والجاهل.

وان قال: والله لاقضين حقه إلى شهر رمضان فلم يقضه حتى دخل الشهر حنث، لانه ترك ما حلف على فعله من غير ضرر، وان قال والله لاقضين حقه إلى أول الشهر، فقد **اختلف أصحابنا** فيه، فمنهم من قال حكمها حكم ما لو قال والله لاقضين حقه إلى رمضان، لان لفظ " إلى " للحد والغاية، وان أخر القضاء حتى دخل الشهر حنث.

وقال أبو إسحاق حكمها حكم ما لو قال والله لاقضين حقه عند رأس الشهر وهو ظاهر النص، وان قضاء قبل رؤية الهلال حنث، وان رأى الهلال ومضى وقت يمكن فيه القضاء ثم قضاه حنث، لان " إلى " قد تكون للغاية كقوله عز وجل " ثم أتموا الصيام إلى الليل " وقد تكون بمعنى " مع " كقوله تعالى " من أنصارى إلى الله " والمراد به مع الله: وكقوله عز وجل " وأيديكم إلى المرافق "." (١)

-٣٢٦

"فتعلق بالحنث فيهما كفارتان، كما لو كانت على فعلين (والثاني) تجب كفارة واحدة وهو الصحيح.

لان الثانية لا تفيد الا ما أفادت الاولى فلم يجب أكثر من كفارة، كما لو قصد بها التأكيد.

وإن لم يكن له نية فإن قلنا انه إذا نوى الاستئناف لزمته كفارة واحدة فههنا أولى.

وان قلنا هناك تجب كفارتان ففي هذا قولان بناء على القولين فيمن كرر لفظ الطلاق ولم ينو.

(فصل)

والكفارة اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة.

وهو مخير بين الثلاثة.

والدليل عليه قوله تعالى " لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة " فإن لم يقدر على الثلاثة لزمه صيام

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٠٧/١٨

ثلاثة أيام لقوله عز وجل " فمن لم يجد فصيام ثلاثه أيام " فإن كان يكفر بالمال فالمستحب أن لا يكفر قبل الحنث ليخرج من الخلاف فإن أبا حنيفة لا يجيز تقديم الكفارة على الحنث.

وان أراد أن يكفر بالمال قبل الحنث نظرت - فإن كان الحنث بغير معصية - جاز تقديم الكفارة لانه حق مال يتعلق بسببين يختصانه.

فإذا وجد أحدهما جاز تقديمه على الآخر كالزكاة قبل الحول.

وان كان الحنث بمعصية ففيه وجهان أحدهما يجوز لما ذكرناه والثاني لا يجوز لانه يتوصل به إلى معصية واختلف أصحابنا في كفارة الظهار قبل العود.

وكفارة القتل بعد الجرح وقبل الموت.

فمنهم من قال فيه وجهان كما قلنا في اليمين على معصية.

ومنهم من قال يجوز لانه ليس فيه توصل إلى معصية.

وان كان يكفر بالصوم لم يجز قبل الحنث لانها عبادة تتعلق بالبدن لا حاجة به إلى تقديمها.

فلم يجز تقديمها على الوجوب كصوم رمضان.

(فصل)

ان أراد أن يكفر بالعتق لم يجز الا بما يجوز في الظهار وقد بيناه.

وان أراد أن يكفر بالاطعام أطعم كل مسكين مدا كما يطعم في الظهار وقد بيناه.." (١)

-٣٢٧

"الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها ولا ترثه ولا يرثها " والقول: إن الدم يكون دم فساد يقتضى الرد بكونه حيضا في ترك الصلاة وتحريمها على الزوج وسائر أحكام الحيض فكذلك في انقضاء العدة، ثم إن كان التوقف عن الحكم بانقضاء العدة للاحتمال، فإذا تبين أنه حيض علمنا أن العدة قد انقضت حين رأت الدم، كما لو قال لها: إن حضت فأنت طالق وقد اختلف أصحابنا في هذا فمنهم من قال: اليوم والليلة من العدة، لانه دم تكمل به العدة فكان منها كالذي في أثناء الاطهار، ومنهم من قال: ليس منها إنما يتبين به انقضاؤها، ولاننا لو جعلناه منها أوجبنا الزيادة على ثلاثة قروء، ولكننا نمنعها من النكاح حتى يمضى يوم وليلة ولو راجعها

(١) المجموع شرح المهذب ١١٣/١٨

زوجها لم تصح الرجعة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل)

وأقل ما يمكن أن تعتد فيه الحرة بالاقراء اثنان وثلاثون يوما وساعة وذلك بأن يطلقها في الطهر ويبقى من الطهر بعد الطلاق ساعة فتكون تلك الساعة قرءأ ثم تحيض يوما، ثم تطهر خمسة عشر يوما وهو القرء الثاني ثم تحيض يوما ثم تطهر خمسة عشر يوما وهو القرء الثالث، فإذا طعنت في الحيضة الثالثة انقضت عدتها.

(فصل)

وان كانت من ذوات الاقراء فارتفع حيضها، فإن كان لعارض معروف كالمرض والرضاع تربصت إلى أن يعود الدم، فتعتد بالاقراء: لان

ارتفاع الدم بسبب يزول فانتظر زواله، فإن ارتفع بغير سبب معروف، ففيه قولان.

قال في القديم تمكث إلى أن تعلم براءة رحمها ثم تعتد عدة الآيسة، لان العدة تراد لبراءة الرحم.

وقال في الجديد تمكث إلى أن تيأس من الحيض ثم تعتد عدة الآيسة لان الاعتداد بالشهور جعل بعد الاياس فلم يجز قبله، فإن قلنا بالقول القديم ففي القدر الذي تمكث فيه قولان.

(أحدهما)

تسعة أشهر، لانه غالب عادة الحمل ويعلم به براءة الرحم في الظاهر." (١)

-٣٢٨

"الرضاعة كانت تحضنه مع أمها، وهى التى قدمت عليه في وفد هوازن فبسط لها رداءه، وأجلسها عليه رعاية لحقها.

أما بعد: فإن هذه الفصول الثلاثة على وجوهها الذى أوضحناه في الفصول التى قبلها فليراجع.

قال المصنف رحمه الله تعالى

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٣٥/١٨

(فصل)

وإن كان لرجل زوجة صغيرة فشربت من لبن أمه خمس رضعات

انفسخ بينهما النكاح لانها صارت أخته، وإن كانت له زوجة كبيرة وزوجة صغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة خمس رضعات انفسخ نكاحهما، لانه لا يجوز أن يكون عنده امرأة وابنتها، فإن كان له زوجتان صغيرتان فجاءت امرأة فأرضعت إحداهما خمس رضعات، ثم أرضعت الاخرى خمس رضعات ففيه قولان

(أحدهما)

ينفسخ نكاحهما، وهو اختيار المزني لانهما صارتا أختين فانفسخ نكاحهما، كما لو أرضعتهما في وقت واحد

(والثانى)

أنه ينفسخ نكاح الثانية، لان سبب الفسخ حصل بالثانية فاختص نكاحها بالبطلان، كما لو تزوج إحدى الاختين بعد الاخرى.

(فصل)

ومن أفسد نكاح امرأة بالرضاع فالمنصوص أنه يلزمه نصف مهر المثل ونص في الشاهدين بالطلاق إذا رجعا على قولين

(أحدهما)

يلزمهما مهر المثل

(والثانى)

يلزمهما نصف مهر المثل.

**واختلف أصحابنا** فيه، فنقل أبو سعيد الاصطخرى جوابه من إحدى المسئلتين إلى الاخرى وجعلها على قولين

(أحدهما)

يجب مهر المثل لانه أتلف البضع فوجب ضمان جميعه

(والثانى)

يجب نصف مهر المثل لانه لم يغرم للصغيره إلا نصف بدل البضع فلم يجب له أكثر من نصف بدله وقال أبو

إسحاق: يجب في الرضاع نصف المهر وفي الشهادة يجب الجميع، والفرق بينهما أن في الرضاع وقعت الفرقة ظاهرا وباطنا وتلب البضع عليه.

وقد رجع إليه بدل النصف فوجب له بدل النصف.

وفي الشهادة لم يتلف البضع في الحقيقة، وإنما حيل بينه وبين ملكه فوجب ضمان جميعه، والصحيح طريقة." (١)

-٣٢٩

"فإن قلن إنه يلحقها مشقة شديدة أو يخاف عليها من ذلك منع من وطئها.

وإن قلنا إنه لا يلحقها مشقة شديدة ولا يخاف عليها منه أمرت بتمكينه من الوطئ.

وإن ادعت تعذر الوطئ بجراح في فرجها أمر الحاكم النساء ثقات ينظرن إلى فرجها لان هذا موضع ضرورة فجوز النظر إلى العورة **واختلف أصحابنا** في عدد النساء الاتى ينظرن إليها حال الجماع، أو ينظرن الجرح في فرجها، فقال أبو إسحاق يكفى واحدة لان طريق ذلك الاخبار والمشقة تلحقن بنظر الجماع منهما فجاز الاقتصار على واحدة ومن أصحابنا من قال: لا يكفي أقل من أربع نسوة في ذلك، لان هذه شهادة ينفرد بها النساء فلم يقبل فيه أقل من أربع كسائر الشهادات

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل)

وان سلمت إليه ومكن من الاستمتاع بها في نكاح فاسد لم تجب النفقة لان التمكين لا يصح مع فساد النكاح، ولا يستحق ما في مقابلته.

(فصل)

وان انتقلت المرأة من منزل الزوج إلى منزل آخر بغير اذنه أو سافرت بغير اذنه سقطت نفقتها، حاضرا كان الزوج أو غائبا لانها خرجت عن قبضته وطاعته فسقطت نفقتها كالناشزة.

وان سافرت بإذنه فان كان معها وجبت النفقة لانها ما خرجت عن قبضته ولا طاعته.

وان لم يكن معها ففيه قولان ذكرناهما في القسم.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٢٩/١٨

(فصل)

وان أحرمت بالحج بغير اذنه سقطت نفقتها لانه ان كان تطوعا فقد منعت حق الزوج وهو واجب بما ليس بواجب، وان كان واجبا فقد منعت حق الزوج وهو على الفور بما هو على التراخي، وان أحرمت بإذنه فان خرجت معه لم تسقط نفقتها لانها لم تخرج عن طاعته وقبضته، وان خرجت وحدها فعلى القولين في سفرها باذنه

(فصل)

وان منعت نفسها باعتكاف تطوع أو نذر في الذمة سقطت نفقتها لما ذكرناه في الحج، وإن كان عن نذر معين أذن فيه الزوج لم تسقط نفقتها لان الزوج أذن فيه وأسقط حقه فلا يسقط حقها، وان كان عن نذر لم يأذن فيه:." (١)

-٣٣٠

"وان سافرت المرأه بغير اذن زوجها سقطت نفقتها لانها منعت استمتاعه بالسفر.

وان سافرت بإذنه نظرت، فان سافر الزوج معها لم تسقط نفقتها لانها في قبضته وطاعته.

وان سافرت وحدها، فان كانت في حاجة اللزوج وجبت عليه لانها سافرت في شغله ومراده.

وان سافرت بحاجة نفسها فقد قال الشافعي في النفقات لها النفقة، وقال في النكاح لانفقة لها، **واختلف أصحابنا** فيها، فقال أبو إسحاق: ليست على قولين وانما هي على اختلاف حالين، فحيث قال لها النفقة أراد إذا كان الزوج معها، وحيث قال لانفقة لها، أراد إذا لم يكن الزوج معها.

ومنهم من قال فيه قولان

(أحدهما)

لانفقة لها.

وبه قال أبو حنيفة وأحمد لانها غير ممكنة من نفسها فلم تجب لها النفقة، كما لو سافرت بغير اذنه

(والثانى)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٤١/١٨

تجب لها النفقة لانها سافرت باذنه فلم تسقط نفقتها، كما لو سافرت في حاجته.

(فرع)

وان أحرمت بالحج أو العمرة بغير أذنه سقطت نفقتها لانه ان كان تطوعا فقد منعت حق الزوج الواجب بالتطوع، وان كان واجبا عليها فقد منعت

حق الزوج وهو على الفور وحقها هي على التراخي.

أفاده صاحب البيان.

وان أحرمت باذنه وخرجت مع الزوج لم تسقط نفقتها لانها في قبضته، وان أحرمت باذنه وخرجت وحدها ففيه طريقان مضى ذكرهما في السفر وان اعتكفت فلا يصح عندها الا في المسجد، فان كان بغير اذن الزوج سقطت نفقتها لانها ناشزة بالخروج إلى المسجد بغير اذنه، وان كان باذن الزوج - فان كان الزوج معها في المسجد - لم تسقط نفقتها لانها في قبضته وطاعته وان لم يكن معها في المسجد فعلى الطريقين في السفر.

قال أبو إسحاق لانفقة لها قولا واحدا.

ومن أصحابنا من قال فيه قولان (فرع)

فان صامت المرأة بغير اذن زوجها نظرت - فان كان تطوعا - فللزوج منعها منه وله اجبارها على الفطر بالاكل والجماع، لقوله صلى الله عليه وسلم " لا تصومن المرأة التطوع وزوجها حاضر الا باذنه " فان امتنعت من الوطئ ولكنها لم تفارق المنزل ففيه وجهان.

قال أبو علي بن أبي هريرة هي ناشزة." (١)

-٣٣١

"(فرع)

وان دفع إليها الكسوة أو النعل فبليت نظرت، فإن بليت في الوقت الذي يبلى فيه مثلها، مثل أن يقال: مثل هذا يبقى ستة أشهر، فأبلته بأربعة أشهر أو دونها لم يلزمه أن يدفع إليها بدله، لانه قد دفع إليها ما تستحقه عليه، فإذا بلى قبل ذلك لم يلزمه ابداله، كما لو سرقت كسوتها أو احترقت، وكما لو دفع إليها نفقة يوم فأكلتها قبل اليوم.

وان مضى الزمان الذي تبلى فيه مثل تلك الكسوة بالاستعمال المعتاد ولم تبل تلك الكسوة بل يمكن لباسها،

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٤٣/١٨

فهل يلزمه أن يكسوها؟ فيه وجهان

(أحدهما)

لا يلزمه لانها غير محتاجة إلى الكسوة

(والثانى)

يلزمه أن يكسوها قال الشيخان أبو إسحاق وأبو حامد: وهو الاصح لان الاعتبار بالكسوة بالمدة لا بالبلاء. ألا ترى أن كسوتها لو بليت قبل وقت بلائها لم يلزمه ابدالها، فإذا بقيت بعد مدة بلائها لم يلزمه ابدالها، ولانه لو دفع إليها نفقة يوم فلم تأكلها حتى جاء اليوم الثاني لزمه نفقة لليوم الثاني، وان كانت مستغنية فيه بنفقة اليوم الاول فكذلك في الكسوة مثله

وان دفع إليها كسوة مدة فمات أحدهما أو بانت منه قبل انقضائها والكسوة لم تبل، فهل يسترجع من وارثها أو منها؟ فيه وجهان

(أحدهما)

يسترجع منها، كما لو دفع إليها نفقة ما بعد يوم الموت والبينونة

(والثانى)

لا يسترجع لانه دفع الكسوة إليها بعد وجوبها عليه فلم يسترجع منها كما لو دفع إليها نفقة يوم فمات أحدهما أو بانت قبل انقضائه، ويخالف إذا دفع إليها نفقة الشهر، فإنها لا تستحق عليه نفقة ما بعد يوم الموت والبينونة.

فلذلك استرجعت منها (فرع)

قال ابن الحداد " إذا دفع إلى امرأته كسوة فأرادت بيعها لم يكن لها ذلك لانها لا تملكها، ألا ترى أن له ان يأخذها منها ويبدلها بغيرها، ولو دفع إليها طعاما فباعته كان لها ذلك **واختلف أصحابنا** في ذلك فمنهم من وافق ابن الحداد وقال، لا يصح لها بيع ما يدفع إليها من الكسوة لانها تستحق عليه الانتفاع بالكسوة وهو استتارها بها فلا تملكها بالقبض كالمسكن.

وان أتلفت كسوتها لزمها قيمتها له ولزمه أن." (١)

-٣٣٢

(١) المجموع شرح المهذب ٢٦٥/١٨

"(الشرح) حديث ابن عباس رواه البزار " أن رجلا طلق امرأته فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: لا نفقة لك ولاسكنى " قال الهيثمى في مجمع الزوائد: وفيه ابراهيم بن اسماعيل بن أبى حبيبة وهو متروك أما الاحكام فقد قال الشافعي: وان كان يملك رجعتها فلم تعتد بثلاث حيض أو كان حيضها مختلفا فيطول ويقصر لم أجعل لها إلا الاقصر.

اه **واختلف أصحابنا** في تأويلها، فقال أبو إسحاق تأويلها هو أن يطلق امرأته طلاقا رجعيا فأنفق عليها وظهر بها حمل في العدة، ووضعت لاكثر من أربع سنين من وقت الطلاق - فان قلنا انه يلحقه - فعليه نفقتها إلى أن وضعت فلا كلام.

وان قلنا انه لايلحقه وينتفى عنه بغير لعان فانها لا تكون معتدة به عنه ولا نفقة عليه لها مدة حملها، وانما عدتها بالاقراء، وتسأل من أين الحمل؟ فان قالت هو من غير بشبهة أو زنا قلنا لها أي وقت حملت به؟ فان قالت بعد انقضاء عدتي بالاقراء على الاول فعلى الاول نفقتها مدة عدتها بالاقراء لا غير.

وان قالت حملت به بعد أن مضى من عدته قرء ان كان على الزوج نفقتها مدة عدتها في القرءين قبل الحمل، ومدة عدتها بالقرء الثالث بعد الحمل وان قالت هذا الولد من هذا الزوج وطئني في عدتي، أو راجعني ثم وطئني فان أنكرها جاب، لان الاصل عدم ذلك، فإذا حلف بطل أن تعتد بالحمل منه وقلنا له فسر أنت كيف اعتدت منك، فان قال حملت به قبل أن يمضى لها شئ من الاقراء فانها تعتد بثلاثة أقراء عنه بعد الوضع ولها نفقة ذلك الوقت.

وان قال انقضت عدتها منى بالاقراء ثم حملت به بعد ذلك فقد اعترف أنها اعتدت عنه بالاقراء، فان كان حيضها لا يختلف فلا نفقة مدة ثلاثة أقراء، وان كان حيضها يختلف فتارة تمضى أقراء في سنة وتارة في ستة أشهر وتارة في ثلاثة أشهر واختلفا في عدتها كان لها نفقة ثلاثة أشهر لانه اليقين ومن أصحابنا من قال: تأويلها أن يطلقها طلاقا رجعيا، وأتت بولد لاكثر من أربع سنين من وقت الطلاق وقلنا لا يلحقه - فان عدتها بالاقراء عنه، فيرجع إليها كيف الاعتداد منها بالاقراء، فإذا ذكرت - فان كان حيضها." (١)

-٣٣٣

"يوجد واحد منهما، فإن حكم الحاكم بالفرقة بينهما بعد أربع سنين واعتدت أربعة أشهر وعشرا، فإن قلنا بقوله القديم وأن الفرقة قد وقعت ظاهرا وباطنا، أو ظاهرا فانها كالمعتدة عن الوفاة فلا يجب لها النفقة

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٨١/١٨

فيها، وهل يجب لها السكنى؟ فيه قولان، فإن رجع زوجها، فإن قلنا: ان الفرقة وقعت ظاهرا وباطنا فهي أجنبية منه ولا تجب لها عليه نفقة ولا سكنى.

وان قلنا ان الفرقة وقعت في الظاهر دون الباطن ردت إليه ووجبت لها النفقة من حين ردت إليه.

وان قلنا بقوله وأن حكم الحاكم لا ينفذ، فإنهاما لم تتزوج فنفقتها على الاول لانها محبوسة عليه، وإنما تعتقد هي أن الفرقة قد وقعت، وهذا الاعتقاد لا يؤثر في سقوط نفقتها، فان تزوجت بعد أربعة أشهر وعشر سقطت نفقتها عن الاول لانها كالناشزة عن الاول فسقطت نفقتها عنه، فإن دخل الثاني بها وفرق بينهما فعليها أن تعتد عنه ولا نفقة لها على الاول لانها معتدة عن الثاني، فان رجعت إلى منزل الاول بعد انقضاء عدة الثاني أو قبل أن يدخل بها الثاني، فهل تستحق النفقة على الاول؟ قال الشافعي في المختصر: لا نفقة لها في حال الزوجية ولا في حال العدة.

وهذا يقتضى أن لها النفقة بعد انقضاء العدة

وقال في الام: لا نفقة لها في حال الزوجية ولا في حال العدة ولا بعدها **واختلف أصحابنا** فيها على طريقين.

قال العمراني من أصحابنا من قال فيها قولان وحكاهما الشيخ أبو إسحاق (يعنى الشيرازي) وجهين

(أحدهما)

تجب لها النفقة من حين عادت إلى منزله، لان النفقة سقطت بنشوزها، وقد زال النشوز فعادت نفقتها

(والثانى)

لا يجب لها النفقة لان التسليم الاول قد سقط بنشوزها فلم تعد الا بتسليم ثان، وليس ههنا من يتسلمها، فعلى هذا الطريق إذا خرجت امرأة الحاضر من منزلها ناشزة ثم عادت إليه، فهل تعود نفقتها من غير أن يتسلمها الزوج فيه وجهان بناء على هذين الوجهين ومن أصحابنا من قال ليست على قولين، وانما هي على اختلاف حالين فالموضع الذي دل عليه مفهوم كلامه أن النفقة لها أراد إذا تزوجت بالثاني من غير أن." (١)

-٣٣٤

"التمريض التي أخذها عليه النووي وأخذناها عليه اتباعا للنووي في غير ما موضع من المجموع لان الحديث متفق عليه ولا يسوغ التعبير عنه يروى أما الاحكام فإن كان من تجب عليه النفقة له قريبان معسران فإن فضل عن قوت يومه وليلته وما يكفيهما لزمه أن ينفق عليهما، وإن لم يفضل عن قوته إلا ما يكفى

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٨٧/١٨

أحدهما بأن كان له أبوان معسران ولا يجد إلا نفقة أحدهما ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) تقدم الام لحديث أبي هريرة وبهز بن حكم الذي ساقه المصنف في الفصل وقد كرر الام ثلاثا وقال في الرابعة أباك، ولان الام عورة ليس لها بطش والاب ليس بعورة فكان تقديم الام أولى

(والثاني)

أن الاب يقدم لانهما متساويان في الولادة وانفرد الاب بالتعصيب فكان أولى، كما لو تقدم بدرجة، ولانهما لو كانا موسرين وهو معسر لكانت نفقته على الاب فوجب أن يقدم الاب في وجوب تقديم نفقته، كما يقدم في وجوب نفقة الابن عليه (والثالث) أنهما سواء فيسقط ذلك بينهما لاسوائهما في الولادة والادلاء (فرع) وإن كان له أب وابن معسران ولا يقدر على نفقة أحدهما، **فاختلف أصحابنا**، فقال الشيخ أبو حامد: إن كان الابن طفلا أولى بالتقديم لانه ناقص الخلقة والاحكام، والاب إما أن يكون زمنا أو مجنونا فيكون ناقص الخلقة أو ناقص الاحكام دون الخلقة، فإن تساويا بأن يكون بالغا زمنا فيكون ناقص الخلقة دون الاحكام أو مراهقا صحيحا فيكون ناقص الخلقة والاب زمن أو مجنون ففيه وجهان

(أحدهما)

أن الابن أحق بالتقديم، لان وجوب نفقة الابن ثبت بنص القرآن، ووجوب نفقة الاب على الابن مجتهد فيه

(والثاني)

أن الاب مقدم لان حرمته آكد من حرمة الابن، بدليل أن الاب لايقاد من ابنه والابن يقاد بالاب، قال الشيخ أبو إسحاق: فيه وجهان من غير تفصيل.

أحدهما الابن أولا.

والثاني الاب أولا.

وذكر العمراني وجها ثالثا أنهما سواء فقسم بينهما لاستوائهما في الدرجة (فرع)

وان كان له أب وجد معسران ولا يقدر على نفقة أحدهما ففيه وجهان." (١)

-٣٣٥

"من إيفاء حقه إلا بتعطيل حقه من الاستمتاع فلم يصح، كما لو أجر العبد نفسه من سيده، فإذا قلنا بهذا واستأجرها على إرضاعه بعوض فأرضعته، فهل تستحق أجرة المثل؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٨/٣٠٨

(أحدهما)

لا تستحق ذلك لانها لو استحقت أجرة في ذلك لجاز لها عقد الاجارة لذلك

(والثانى)

تستحق أجرة المثل، لان هذه منفعة لا يجب عليها بدلها، فإذا بذلتها بعوض ولم يحصل لها العوض وجب لها عوض المثل كسائر منافعها (فرع)

وإن أبان الرجل امرأته وله منها ولد يرضع لم يملك إجبارها على ارضاعه لانه إذا لم يملك إجبارها على إرضاعه حال الزوجية لم يملك إجبارها

بعد الزوجية، فإن تطوعت بإرضاعه لم يجز للاب انتزاعه منها، لانه لاحق له في استمتاعها، وإن استأجرها على إرضاعه صح ذلك لقوله تعالى " فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن " ولانه لا يملك الاستمتاع بها بخلاف ما لو استأجرها في حال الزوجية، فإن طلبت منه أجرة المثل ولا يجد الاب من يرضعه بغير أجرة أو بدون أجرة المثل وجب عليه بذل ذلك لها.

ولم يجز له انتزاعه منها لان الارضاع حق للولد، ولبن الام أنفع له من لبن غيرها، وإن طلبت منه أكثر من أجرة المثل كان له انتزاعه منها لقوله تعالى " وإن تعاسرتم فترضع له أخرى " وإذا طلبت منه أكثر من أجرة المثل فقد تعاسرت.

وان طلبت أجرة المثل ووجد الاب من يرضعه بدون أجرة المثل أو من ترضعه بغير أجرة **فاختلف أصحابنا**، فمنهم من قال فيه قولان

(أحدهما)

أن الام أحق برضا به بأجرة المثل لقوله تعالى " فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن " ولم يفرق، ولانه روى في الحديث " الام أحق بكفالة ولدها ما لم تتزوج " ولان الرضاع حق للولد ولبن الام أنفع له وأصلح فكانت أولى

(والثانى)

أن للاب أن ينتزعه لقوله تعالى، فان تعاسرتم فسترضع له أخرى " والتعاسر هو الشدة والتضايق قال القرطبي

" وإن تعاسرتم " أي في أجرة الرضاع فأبى الزوج أن يعطى الام رضاعها وأبت الام أن ترضعه فليس له إكراهها، وليستأجر مرضعة غير." (١)

-٣٣٦

"مسلم مسلما ثم ارتد المجروح ثم أسلم ثم مات، فإن أقام في الردة زمانا يسرى الجرح في مثله لم يجب القصاص، لان الجناية في الاسلام توجب القصاص، والسراية في الردة تسقط القصاص، فغلب الاسقاط، كما لو جرح جرحا عمدا وجرحا خطئا، فإن لم يقم في الردة زمانا يسرى فيه الجرح ففيه قولان أحدهما: لا يجب فيه القصاص، لانه أتى عليه زمان لو مات فيه لم يجب القصاص فسقط، والثانى: يجب القصاص وهو الصحيح، لان الجناية والموت وجدا في حال الاسلام، وزمان الردة لم يسر فيه الجرح، فكان وجوده كعدمه وان قطع يده ثم ارتد ثم مات ففيه قولان:

(أحدهما)

يسقط القصاص في الطرف، لانه تابع للنفس، فإذا لم يجب القصاص في النفس لم يجب في الطرف

(والثانى)

وهو الصحيح أنه يجب، لان القصاص في الطرف يجب مستقرا

فلا يسقط بسقوطه في النفس، والدليل عليه أنه لو قلع طرف إنسان ثم قتله من لاقصاص عليه لم يسقط القصاص في الطرف وان سقط في النفس

(فصل)

وان قتل مرتد ذميا ففيه قولان

(أحدهما)

أنه يجب القصاص، وهو اختيار المزني لانهما كافران، فجرى القصاص بينهما كالذميين

(والثانى)

أنه لا يجب لان حرمة الاسلام باقية في المرتد بدليل أنه يجب عليه قضاء العبادات، ويحرم استرقاقه، وان كانت امرأة لم يجز للذمي نكاحها، فلا يجوز قتله بالذمي، وان جرح مسلم ذميا ثم ارتد الجاني ثم مات المجني عليه لم يجب القصاص قولا واحدا لانه عدم التكافؤ في حال الجناية فلم يجب القصاص وإن وجد التكافؤ بعد ذلك،

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣١٤/١٨

كما لو جرح حر عبدا ثم أعتق العبد وان قتل ذمى مرتدا فقد **اختلف أصحابنا** فيه، فمنهم من قال يجب عليه القصاص إن كان القتل عمدا، والدية ان كان خطأ لان الذمي لا يقتل المرتد تدينا.

وانما يقتله عنادا، فأشبه إذا قتل مسلما وقال أبو إسحاق لا يلزمه قصاص ولا دية، وهو الصحيح، لانه مباح الدم فلم يضمن بالقتل، كما لو قتله مسلم.

وقال أبو سعيد الاصطخرى: ان قتله عمدا وجب القصاص لانه قتله عنادا ؛ وان قتله خطأ لم تلزمه الدية لانه لا حرمة له." (١)

-٣٣٧

"وقال أبو حنيفة، يقتل بعبد غيره ولا يقتل بعبد نفسه، فإن قتل حر كافر عبدا مسلما لم يقتل به، لان الحر لا يقتل بالعبد، وإن قتل عبد مسلم حرا كافرا لم يقتل به، لان المسلم لا يقتل بالكافر، وإن قتل عبد عبدا ثم أعتق القاتل وجرح عبد عبد فمات المجروح ثم أعتق الجارح قتل به لانه كان مساويا له حال الجناية، وإن أعتق الجارح ثم مات المجروح فهل يجب عليه القصاص؟ فيه وجهان كما قلنا في الكافر إذا جرح كافرا فأسلم الجارح ثم مات المجروح.

وإن قتل ذمى عبدا ثم لحق الذمي بدار الحرب وأخذه المسلمون واسترقوه لم يقتل به، لانه كان حين وجوب القصاص حرا فلم يتغير حكمه.

(فرع)

وإن قطع مسلم يد ذمى ثم أسلم ثم مات فلا قصاص على المسلم وكذلك إذا قطع حر يد عبد ثم أعتق العبد ثم مات فلا قصاص على الحر، لان القصاص لما سقط في القطع سقط في سرايته، ولان القصاص - معتبرا بحال الجناية - هو غير كاف له، فلم يجب عليه القصاص كما قلنا في الكافر إذا قطع يد الكافر ثم مات المقطوع وأسلم القاطع، وإن قطع مسلم يد مرتد أو يد حربى ثم أسلم المقطوع ثم مات لم يجب على القطاع قود ولا دية، لانه لم يكن مضمونا حال الجناية.

ومن أصحابنا من قال يجب فيه دية مسلم لانه مسلم حال استقرار الجناية، والاول أصح وإن رمى مسلم إلى ذمى سهما فأسلم ثم وقع به السهم فمات لم يجب به القود ووجب فيه دية مسلم، وفارق جزاء الصيد لانه مال.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٥٥/١٨

فاعتبر فيه حال الاصابة لانه حال الاستقرار والقود ليس بمال فاعتبر فيه حال الارسال.

فإذا أوجبنا

الدية في المرتد والحربي إذا اسلما قبل الاصابة وبعد الارسال، فإن أبا إسحاق المروزي قال لا تجب الدية في الحربى وتجب في المرتد، لان الحربى كان له رميه والمرتد ليس له قتله وإنما قتله إلى الامام.

ومن أصحابنا من قال لادية فيهما، والاول هو المنصوص.

وإن قطع مسلم يد مسلم ثم ارتد المجروح ثم أسلم ثم مات من الجراحة فهل يجب على الجارح القود؟ اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال ينظر فيه فإن أقام في الردة زمانا تسرى فيه الجراحة لم تجب وعليه القود في النفس قولا واحدا لان." (١)

-٣٣٨

"(مسألة) قوله " ويقتل الابن بالاب إخ " فجملة ذلك أن الولد يقتل بالوالد لان الوالد أكمل منه فقتل به، كما يقتل الكافر بالمسلم والعبد بالحر والمرأة بالرجل وذلك كله إجماع، فإن كان هناك رجل له زوجة وهما متوارثان وبينهما إبنان فقتل أحد الاثنين أباهما عمدا ثم قتل الابن الاخر أمهما عمدا فإن القصاص يجب على قاتل الام ويسقط عن قاتل الاب، لانه لم قتل الابن الاب لم يرثه، وإنما ترث الزوجة الثمن وقاتل الام الباقي وملكا عليه القود، فلما قتل الابن الاخر الام لم يرثها وإنما يرثها قاتل الاب وقد كانت تملك عليه ثمن القود وانتقل ذلك إليه، فإذا ملك بعض ما عليه من القود سقط عنه القود لانه لا يتبعض فسقط الجميع، وكان القاتل الاب القود على قاتل الام، لانه لا وراث لها سواه، ولقاتل الام

على قاتل الاب سبعة أثمان دية الاب، فإن عفا قاتل الاب عن قاتل الام وجب له عليه دية الام، وهل يسقط عن كل واحد منهما ما يساوى ماله على الاخر؟ على الاقوال الاربعة في المقاصصة.

فإذا قلنا يسقط بقى على قاتل الاب ثلاثة أثمان دية الاب، فإذا قلنا لا يسقط أدى كل واحد منهما ما عليه للآخر، وان اقتضى قاتل الاب من قاتل الام، فان كان لقاتل الام ورثة غير قاتل الاب طالبوه بسبعة أثمان دية الاب، وإن لم يكن له وراث غيره فهل يرثه؟ فيه وجهان في القاتل بالقصاص هل يرث؟ الصحيح أنه لا يرثه، فأما إذا لم يرث الزوجة من الزوج - فان كانت بائنا منه أو كانت غير بائن منه إلا أن أحدهما جرح أباه وجرح الاخر أمه ثم خرجت روحاهما في حالة واحدة، فإن كل واحد من الاثنين لا يرث ممن قتله، ولكنه يرث

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٥٨/١٨

الابن لاخر.

**واختلف أصحابنا** هل يثبت القود في ذلك؟ فقال أكثرهما يجب لكل واحد منهما القود على أخيه، لان كل واحد منهما ورث من قتله أخوة فوجب له على أخيه القود، فعلى هذا إن كان قاتل الاب قتله أولا أقتص منه قاتل الام، فان كان لقاتل الاب وراث غير قاتل الام اقتص من قاتل الام، وإن لم يكن له وارث غير قاتل الام، فان قلنا ان القتل بالقصاص لايمنع الميراث – ورث القود على نفسه وسقط.

وإن قلنا وإن القتل بالقصاص يمنع الميراث انتقل القصاص إلى من بعده من العصبات، فإن لم تكن عصبة كان القصاص إلى الامام، وإن قتلاهما." (١)

-٣٣٩

"لانه شارك في القتل عامدا فوجب عليه القصاص كشريك الاب

(والثانى)

لا يجب عليه القصاص إذا شارك من لا ضمان عليه أولا (فرع)

وإن جرحه رجل جراحة يقتل منها عامدا فداوى نفسه بسم فمات

نظرت – فإن كان سما موحيا يقتل في الحال لم يجب على الجارح قصاص في النفس لانه قطع سراية جرحه بالسم، فصار كما لو جرحه رجل ثم ذبح نفسه وإن كان السم قد يقتل وقد لا يقتل، والغالب أنه لا يقتل لم يجب على الجارح قصاص في النفس لانه مات من فعلين، وأحدهما عمد خطأ، فهو كما لو شارك العامد مخطئا، وإن كان السم قد يقتل وقد لا يقتل والغالب أنه يقتل بأن وضع سيانيد البوتاسيوم على الجرح فهل يجب القصاص على الجارح في النفس؟ **اختلف أصحابنا** فيه، فمنهم من قال فيه قولان، لانه شارك قاصدا إلى الجناية ولا يجب عليه الضمان، فهو كما لو جرح نفسه وجرحه آخر، أو جرحه سبع وجرحه آخر، ومنهم من قال لا يجب عليه القصاص قولا واحدا، لانه لم يقصد الجناية على نفسه وإنما قصد المداواة فصار فعله عمد خطأ بخلاف شريك السبع وشريك من جرح نفسه وأنهما قصدا الجناية (فرع)

وان جرحه رجل فخيط جرحه فمات نظرت – فإن خيط في لحم ميت كاللحم إذا قطعه السيف فإن القود يجب على الجارح لانه لاسراية للخياطة في اللحم الميت، وان خيط في اللحم الحى نظرت – فإن خاطه المجروح بنفسه أو خاطه غيره بأمره – فهل يجب القود على الجارح في النفس؟ فيه طريقان كما قلنا فيه إذا داوى جرحه

(١) المجموع شرح المهذب ٣٦٥/١٨

بسم قد يقتل وقد لا يقتل، إلا أنه يقتل في الغالب، وان خاطه أجنبي بغير اذنه أو أكرهه على ذلك وجب القود على الجارح والذي خاط الجراحة لانهما قاتلان، وان خاطه السلطان وأكرهه على ذلك، فإن كان لا ولاية له عليه كان كغيره من الرعية فيجب عليه القود في النفس مع الجارح وان كان له على المجروح ولاية بأن كان صغيرا أو مجنونا أو خاطها الولى عليه غير السلطان أو كان على المولى عليه سلعة فقطعها وليه فمات، فهل يجب عليه القود فيه قولان:

(أحدهما)

يجب عليه القود لانه جرح جرحا مخوفا فوجب عليه القود." (١)

-٣٤٠

"في الضربية مورا، والسائر بيت الشعر المروى المشهور.

أما الغور فهو قعر كل شئ وقوله " ضمنا " هو الذي به الزمانة في جسده من بلاء أو كسر أو غيره.

أما الاحكام فإنه إذا جرح رجل رجلا بما يجرح بحده كالسيف والسكين أو بما حده من الرصاص والقصب والذهب والخشب أو بالليطة وهي القصبة المشقوقة أو بما له مور في البدن كالسنان والسهم والمغراز الذي يثقب به الاسكافي النعل والمسلة – وهي المخيط – فمات منها – وجب على الجارح القود، سواء كان الجراح صغيرا أو كبيرا أو سواء مات في الحال أو بقى متألما إلى أن مات، وسواء كان في مقتل أو في غير مقتل، لان جميع ذلك يشق اللحم ويبضعه ويقتل غالبا وأما إذا غرز فيه إبرة فمات نظرت – فإن غرزها في مقتل مثل أصول الاذنين والعين والقلب والانثيين وجب عليه القود لانها تقتل غالبا إذا غرزت في هذه المواضع، وان غرزت في غير مقتل كالالية والفخذ، قال ابن الصباغ فإن بالغ في ادخلها فيها وجب عليه القود، وان لم يبالغ في ادخلها بل غرزها **فاختلف أصحابنا** فيه فقال الشيخان أبو حامد الاسفراييني وأبو إسحاق المروزى: ان بقى من ذلك

متألما إلى أن مات فعليه القود، لان الظاهر أنه مات منه وان مات في الحال ففيه وجهان.

قال أبو إسحاق يجب عليه القود لان الشافعي رحمه الله قال سواء صغر الجرح أو كبر فمات المجروح فإن القود يجب فيه.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٧١/١٨

ولانه جرحه بحديدة لها مورة في البدن فوجب فيها القود كالمسلة وقال أبو العباس بن سريج وأبو سعيد الاصطخرى: لا يجب به القود لان الغالب أن الانسان لا يموت من غرز أبرة، فإذا مات علمنا أن موته وافق غرزها فهو كما لو رماه ببعرة أو ثوب فمات، كالذي يموت بالسكتة القلبية في اللحظة التي يضربه آخر بعصا لا يموت من مثلها، وقد دخل علم الطب الشرعي والتشريح الدارس لاسباب الجناية في مثل الحالات فحدد أسباب الوفاة بطريق قطعية أو شبيهة بالقطعية هي أقرب الوسائل للوصول إلى ما هو الحق، إذا تولى ذلك اثنان من الاطباء الشرعيين الثقات العدول، لانا نقول فيهما ما سبق أن قلناه في القافة في اتفاقهما واختلافهما وتطابقهما وتناقضهما." (١)

-٣٤١

"وإن قامت البينة أنه كان يقتل غالبا أو اعترف الساقى بذلك إلا أنه أدعى أنه لم يعلم أنه يقتل غالبا وقت السقى، فهل يجب عليه القود؟ فيه قولان

(أحدهما)

لا يجب عليه القود لان ما ادعاه محتمل، وذلك شبهة توجب سقوط القود عنه.

(والثانى)

يجب عليه لانه قتله بما يقتل غالبا فلا يصدق في دعواه كما لو جرحه وان خلط السم بطعام أو شراب وأكرهه فأوقره في حلقه فمات، فإن كان الطعام أو الشراب قد كسر حدة السم تلقائيا، فإن لم يكرهه على ذلك وإنما ناوله اياه فشربه، نظرت فإن كان الشارب صبيا لا يميز أو كبيرا مجنونا أو أعجميا يعتقد وجوب طاعة الامر، فعلى الرافع إليه الضمان، لانه كالآلة حيث اعتقد طاعته فيه، وان كان عاقلا مميزا فلاضمان على الرافع لانه قتل نفسه باختياره وتفريطه وان خلطه به ولم يكسر الطعام حدة السم فأكله انسان ومات نظرت - فإن كان الطعام الذي خلط فيه السم وقدمه إلى انسان وقال كله فأكله، فهل يجب عليه القود؟ فيه قولان:

(أحدهما)

يجب على القود لما روى أبي هريرة " أن يهودية بخيبر أهدت للنبي صلى الله عليه وسلم شاة مصلية فأكل منها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم، ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم: ارفعوا أيديكم

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٧٤/١٨

فإن هذه الذراع تخبرني أن بها سما، فأرسل إلى اليهودية وقال: ما حملك على ما صنعت؟ فقالت: قلت ان كنت نبيا لم يضرك الذي صنعت، وان كنت ملكا أرحت الناس منك، فأكل منها بشر بن البراء بن مغرور فمات، فأرسل النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليهودية فقتلها، فقال صلى الله عليه وسلم مازالت أكلة خيبر تعاودني، فهذا أو أن قطعت أبهرى " ولان العادة جرت أن من قدم إليه طعام فانه يأكل منه، فصار كأنه ألجأه إلى أكله فوجب عليه القود، كما لو أكرهه عليه

(والثانى)

لا يجب عليه القود لانه أكله باختياره، فصار كما لو قتل نفسه بسكين، فإذا قلنا بهذا فهل تجب عليه الدية؟ اختلف أصحابنا فيه، فقال القاضى أبو الطيب فيه قولان، أحدهما لا يجب عليه الدية لانه هو الجاني على نفسه.

والثانى تجب عليه الدية لان التلف حصل بسبب منه فصار كما لو حفر بئرا في." (١)

-٣٤٢

"طريق الناس فهلك به انسان.

وقال الشيخ أبو حامد: تجب عليه الدية قولا واحدا لما ذكرناه ولا يعرف ههنا قولان، وإن خلط السم بطعامه وقدمه إلى رجل قال فيه سم يقتل غالبا فأكله فمات فلا قود عليه ولا دية لانه قتل نفسه.

وإن خلط السم بطعام وقدمه إلى صبى لا يميز أو إلى بالغ مجنون أو على أعجمى لا يعقل ولا يميز وقال: كله فإن فيه سما قاتلا فأكله فمات وجب عليه القود لانه بمنزلة ما لو قتله بيده.

وإن خلط سما بطعام له في بيته فدخل بيته رجل وأكل الطعام ومات لم يجب عليه قود ولا دية.

لان الآكل فرط وتعدى بأكل طعام غيره بغير إذنه.

وان خلط السم بطعام الغيره فجاء صاحب الطعام فأكل طعامه ولم يعلم بالسم ومات، وجب على الذي خلط السم قيمة الطعام لانه أفسده، وهل يجب عليه القود في الذي أكله؟ اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال فيه قولان، كما لو خلطه بطعام نفسه وقدمه إلى من أكله، لان الانسان يأكل الطعام بحكم العادة والحاجة، فصار كما

لو خلطه بطعام ودعاه إلى أكله.

(١) المجموع شرح المهذب ٣٨٩/١٨

ومنهم من قال لا يجب عليه قولا واحدا لانه لم يوجد منه أكثر من افساد الطعام (فرع)

إذا سحر رجل رجز فمات المسحور سئل الساحر عن سحره، فإن قال سحر يقتل غالبا وقد قلت به وجب عليه القود.

وقال أبو حنيفة لا يجب عليه القود.

دليلنا أنه قتل بما يقتل به غالبا.

قال العمرانى هو كما لو قتله بالسيف وان قال سحر لا يقتل وجب عليه دية مخففة لانه أخطأ.

وان قال قد يقتل وقد لا يقتل والغالب منه السلامة، وجبت عليه دية مغلظة في ماله.

وان قال الساحر قتلت بسحري جماعة ولم يعنين من قتل لم يقتل.

وقال أبو حنيفة يقتل جدا، لانه سعى في الارض بالفساد هو اظهار السلاح واخافة الطريق.

وأما القتل فليس منه وللحرابة حكمها على ما سيأتي ان شاء الله وأعان.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

وان أكره رجل على قتل رجل بغير حق فقتله، وجوب القود على المكره، لانه تسبب إلى قتله بمعنى يفضى إلى القتل غالبا، فأشبه إذا رماه." (١)

-٣٤٣

"الآمر على القتل فقتله وجب على المأمور القاتل القود والكفارة سواء علم أنه أمره بقتله بحق أو بغير حق، لانه لا يجب عليه طاعته بخلاف الامام، ولا يلحق الآخر الا الاثم للمشاركة بالقول.

وأما القود والكفارة والدية فلا تجب عليه، لانه لم يلجئه إلى قتله.

وأما إذا أكرهه على قتله وجب على الآمر القود والكفارة لانه توصل إلى قتله بالاكراه، فهو كما لو قتله بيده، وأما المأمور فان كان يمكنه أن يدفع الامر بنفسه أو بعشيرته أو بمن يستعين به فلا يجوز له أن يقتل، وان قتله فعليه القود والكفارة، وان لم يمكنه أن يدفع الامر بنفسه أو بعشيرته أو بمن يستعين به فلا يجوز له أن يقتل، وان قتل فعليه القود والكفارة، وان لم يمكنه أن يدفع الامر فقتل فهل يجب عليه القود؟ **فاختلف أصحابنا**

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٩٠/١٨

فيه، فقال أكثرهم فيه قولان كما قلنا في الذي أكرهه الامام.

ومنهم من قال يجب عليه القود قولا واحدا، لان الذي أكرهه الامام له شبهة في أمر الامام لجواز أن يكون الامام قد علم بأمر يوجب القتل على المقتول، وان لم يعلم به المأمور.

وطاعة الامام تجب بخلاف المتغلب باللصوصية وآحاد الرعية - فانه لا يجوز له ذلك، ولا يجب على المأمور طاعته ومن أصحابنا الخراسانيين من قال لا يجب القود على من أكرهه الامام قولا واحدا، ويجب القود على من أكرهه غير الامام قولا واحدا لما ذكرناه من الفرق بينهما، والطريق الاول أصح إذا ثبت هذا فان الشافعي رحمه الله قال في الام، ولو أمر الامام رجلا يقتل رجل ظلما ففعل المأمور ذلك كان عليهما القود **واختلف أصحابنا** في تأويله فقال أبو إسحاق أراد إذا أكرهه وأجاب على أحد القولين.

ومنهم من قال لم يرد بذلك إذا أكرهه لانه ذكر الاكراه بعد ذلك، وانما تأويله أن يقتل مسلما بكافر والامام والمأمور يعتقدان أنه لا يقتل به الا أن المأمور أعتقد أن الامام قد أداه اجتهاده إلى ذلك فيجب عليهما القود أما الامام فلانه ألجأه إلى قتله بأمر لان طاعته أمر واجب، وأما المأمور فلان القتل إذا كان محرما لم يجز له أن يفعله، وان كان الامام يرى إباحته فليزمهما القود." (١)

-٣٤٤

"(فرع)

**واختلف أصحابنا** في كيفية الاكراه على القتل، فقال ابن الصباغ لا يكون الاكراه عليه إلا بالقتل أو بجرح يخاف منه التلف، فأما إذا أكرهه بضرب لا يموت منه أو بأخذ مال فلا يكون إكراها، لان ذلك لا يكون عذرا في إتلاف النفس بحرمتها، ولهذا يجب عليه الدفع عن نفسه في أحد الوجهين، ولا يجب عليه الدفع عن ماله، بل يجب عليه بذله لاحياء نفس غيره وقال الشيخ أبو حامد في التعليق: إذا أكرهه بأخذ المال على القتل كان

إكراها كما قلنا في الاكراه على الطلاق وقال الطبري: إذا أكرهه على القتل بما لا تحتمله نفسه كان اكراها، كما قلنا في الطلاق.

(فرع)

وان أمر خادمه الصغير الذي لا يميز، أو كان أعجميا لا يميز ويعتقد طاعته في كل ما يأمره به بقتل رجل بغير

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٩٥/١٨

حق فتقله وجب القود والكفارة على الآمر ولا يجب على المأمور شئ: لان المأمور كالآلة فصار كما لو قتله بيده.

وكذلك إذا كان المأمور يعتقد طاعته كل من أمره فالحكم فيه وفيما سبقه واحد.

ولو أمر بسرقة نصاب لغيره من حرز مثله فسرقه لم يجب على الامر القطع، لان وجوب القصاص أكد من وجوب القطع في السرقة، ولهذا يجب القصاص في السبب ولا يجب القطع في السبب.

وان قال للصغير الذي لا يميز أو الاعجمي الذي يعتقد طاعته في كل ما يأمره به اقتلني فقتله، كان دمه هدرا لانه آلة له فهو كما لو قتل نفسه، وتجب عليه الكفارة وان أمر الصغير الذي لا يميز أو البالغ المجنون أن يذبح نفسه فذبحها أو يخرج مقتلا من نفسه فأخرجه فمات - فإن كان عبده - لم يجب عليه ضمانه لانه ملكه، ولكنه يأثم وتجب عليه الكفارة، وان كان عبدا لغيره وجبت عليه قيمته والكفارة ويجب عليه القود.

وان قال للاعجمي الذي يعتقد طاعة كل من يأمره اذبح نفسك فذبحها لم يجب على الامر الضمان، لانه لا يجوز أن يخفى عليه بأن قتل نفسه لا يجوز، وان جاز أن يخفى عليه أن قتل غيره يجوز.

وان أمره أن يخرج مقتلا من نفسه فجرحه ومات فإن الشيخ أبا حامد ذكر أن حكمه حكم ما لو أمر بقتل نفسه.

وذكر." (١)

-٣٤٥

"الدم ولا يجرى، والدامغة مايخرج منها الدم ويجرى.

قال الازهرى، الدامغة قبل الدامية، وهى التي يخرج منها الدم بقطعه والدامية هي التي يخرج منها أكثر إذا ثبت هذا فان الشافعي رضي الله عنه قال في الأم لا قصاص فيما دون الموضحة من الشجاج ونقل المزني لو جرحه فلم يوضحه اقتضى منه بقدر عاشق من الموضحة.

**واختلف أصحابنا** فيه فقال الخراسانيون هل يجب القصاص فيما دون الموضحة من الشجاج؟ فيه قولان، قال أكثر أصحابنا البغداديين، لا يجب القصاص فيما دون الموضحة، وما نقله المزني فيه سهو، لان القصاص هو المماثلة ولا يمكن المماثلة فيما دون الموضحة، فلو أوجبنا فيها القصاص لم يأمن أن تؤخذ موضحة بمتلاحمة، لانه قد يكون رأس المجني عليه غليظ الجلد كثير اللحم، ويكون رأس الجاني رقيق الجلد قليل اللحم، فإذا قدرنا

(١) المجموع شرح المهذب ٣٩٦/١٨

العمق في المتلاحمتين ورأس المجني عليه وأوجنا قدره في رأس الجاني فربما بلغت إلى العظم وذلك لا يجوز وقال الشيخ أبو حامد يمكن عندي القصاص فيما دون الموضحة من الشجاج على ما نقله المزني بأن يكون في رأس المجني عليه موضحة وفي رأس الجاني موضحة فينظر إلى المتلاحمة التي في رأس المجني عليه، وينظركم قدرها من الموضحة، فإن كان قدر نصفها نظر كم قدر الموضحة التي في قدر رأس الجاني فنقص منه نصف موضحته التي في رأسه، والمشهور أنه لا قصاص في ذلك، وأما الموضحة فيجب فيها القصاص لان المماثلة فيها ممكنة من غير حيف، فيقدر الموضحة بالطول والعرض ويعلم عليه بخيط أو سواد ولا يعتبر العمق، لانه يأخذ إلى العظم.

وان كانت الشجة في الرأس وعلى موضعها في رأس الجاني شعر فالمتسحب أن يحلق ذلك الشعر لانه أسهل في الاستيفاء، وإن اقتص ولم يحلق الشعر جاز، لانه لا يأخذ إلا قدر حقه.

(فرع)

إذا شج رجل رجلا في رأسه شجة فلا يخلو إما أن يستوى رأساهما في الصغر والكبر أو يختلفا - فإن استوى رأسهما في الصغر أو الكبر - فإنه يستوفى مثل موضحته بالطول والعرض في موضعتها إما في مقدم الرأس أو مؤخره." (١)

-٣٤٦

"(الشرح) قوله " بقائمة " وهي التي بياضها وسوادها صحيحان غير أن صاحبها لا يبصر ولعلها الواقفة، من قولهم.

قام زيد إذا وقف وقوله " المارن " أي ما لان من الانف وموصل إلى القضيب، والاخشم من الخشم، أي أصيب بداء في أنفه منعه الشم

أما الاحكام فإن الاطراف يجب فيها القصاص في كل ما ينتهى منها إلى مفصل فتؤخذ العين بالعين لقوله تعالى (والعين بالعين) الآية.

ولانها تنتهى إلى مفصل إذا ثبت هذا فإنه تؤخذ العين الصحيحة بالعين الصحيحة والقائمة بالقائمة، وهى التي ذهب ضوؤها وبقيت حدقتها - وهي التي انفصلت شبكتيها - وهو الطبقة المبطنة لكرة العين من أسفل أو التي انفصل أو ضمر العصب البصري لها وهو الذي يتلقى المرئيات من الشبكية لنقلها إلى المخ، أو المياه

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٠٣/١٨

الزرقاء التي تتكون في العدسة الداخلية للعين، أو ما شابه ذلك مما لا يظهر على شكل العين فتبدو كأنها مبصرة وليس فيها ابصار، فإنه لا تؤخذ صحيحة بقائمة، وهي التي وصفناها طبقا لعلم التشريح البصري ان شاء الله، وذلك لانه يأخذ أكثر من حقه، ويجوز أن يأخذ القائمة بالصحيحة لانه يأخذ أقل من حقه باختياره

(فرع)

إذا أوضح رأسه فذهب ضوء العين، أي انفصلت الشبيكة أو تهتك عصب الابصار، فالمنصوص أنه يجب القصاص في الضوء.

وقال الشافعي رضى الله عنه فيمن قطع أصبع رجل فتأكل الكف وسقط انه لا يجب عليه القصاص في الكف.

**واختلف أصحابنا** في ضوء العين، فنقل أبو إسحاق جوابه في الكف إلى العين، وجعل في ضوء العين قولين

(أحدهما)

أنه لا يجب فيه القصاص لانه سراية فيما دون النفس فلم يجب فيه القصاص كالكف.

(والثانى)

يجب فيه القصاص بالسراية كالنفس، وقال أكثر أصحابنا لا يجب القصاص في الكف بالسراية قولا واحدا، والفرق بينهما أن الكف يمكن اتلافه بالمباشرة فلم يجب فيه القصاص بالسراية، والضوء لا يمكن إتلافه بالمباشرة بالجناية، وانما يتلف بالجناية على غيره فوجب القصاص فيه بالسراية كالنفس.

(فرع)

قال المصنف ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى " والجروح قصاص "." (١)

-٣٤٧

"يعود ويقطعه، لان حقه الابانة ولم يوجد.

وإن جنى على رأسه فذهب عقله أو شمه أو سمعه أو ذوقه أو نكاحه أو إنزاله لم يجب القصاص، لان هذه الاشياء ليست في موضع الجناية فيمكن القصاص فيها.

(مسألة) يجب في الشفتين القصاص، ومن أصحابنا من قال: لا قصاص فيهما لانه قطع لحما من لحم غير

(١) المجموع شرح المهذب ٤٠٧/١٨

منفصل، والاول هو المنصوص لقوله تعالى " والجروح قصاص " ولان الشفتين هما اللحم الجافي من لحم الذقن والشدق، مستدير على الفم طولا وعرضا، وطولهما ما تجافى عن لحم الذقن ألى أصل الانف وذلك من لحم له حد معلوم فوجب القصاص فيه **واختلف أصحابنا** في القصاص في اللسان، فمنهم من قال يجب القصاص في جميعها وفي بعضها، لان له حدا ينتهى إليه فهو كالانف والاذن.

وقال أبو إسحاق لاقصاص فيه، واليه ذهب بعض أصحاب أبى حنيفة، واختاره ابن الصباغ وأما المصنف فذكر أن القصاص يثبت في جميعها على وجهين

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

ويؤخذ السن بالسن لقوله تعالى (والسن بالسن) ولما رويناه في أول الباب في حديث الربيع بنت النضر بن أنس، ولانه محدود في نفسه يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص، ولا يؤخذ سن صحيح بسن مكسور لانه يأخذ أكثر من حقه، ويؤخذ المكسور بالصحيح، ويؤخذ معه من الدية بقدر ما انكسر منه لما ذكرناه في الانف والاذن، ويؤخذ الزائد إذا اتفق محلهما لانهما متساويان، وان قلع سنا زائدة وليس للجاني مثلها وجبت عليه الحكومة لانه تعذر المثل فوجب البدل، وإن كان له مثلها في غير موضع المقلوع لم يؤخذ كما لا يؤخذ سن أصلى بسن أخرى.

وان كسر نصف سنه وأمكن أن يقتص منه نصف سنه اقتص منه، فإن لم يمكن وجب بقدره من دية السن، وان وجب له القصاص في السن فاقتص ثم نبت له مكانه سن آخر ففيه قولان

(أحدهما)

أن النابت هو المقلوع من جهة الحكم لانه مثله في محله فصار كما." (١)

-٣٤٨

"(الشرح) تقطع اليد باليد والرجل بالرجل والاصابع بالاصابع والانامل بالانامل لقول تعالى (والجروح قصاص) ولان لها مفاصل يمكن القصاص فيها من غير حيف.

إذا ثبت هذا فإن قطع أصابعه من مفاصلها فله أن يقتص، وإن قطع يده من وسط الكف فليس له أن يقتص من وسط الكف لان كسر العظم لا يثبت فيه القصاص لاجماع الامة، فإن أراد أن يقتص من الاصابع من

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤١٢/١٨

أصولها كان له ذلك، لان الاصابع يمكن القصاص فيها.

فإن قيل فكيف يضع السكين في غير الموضع الذي وضعه الجاني عليه؟ قلنا لانه لا يمكن وضعها في الموضع الذي وضعها الجاني فيه، فإذا اقتص من الاصابع فهل له أن يأخذ حكومة فيما زاد على الاصابع من الكف؟ فيه وجهان يأتي بيانهما وإن قطع يده من الكوع كان له أن يقتص من ذلك الموضع لانه مفصل، وان قطع يده من بعض الذراع فليس له أن يقتص من بعض الذراع لانه كسر عظم وإن أراد أن يقتص من الكوع ويأخذ الحكومة فيما زاد عليه كان له ذلك لانه داخل في الجناية يمكن القصاص فيه، وان قطع يده من المرفق فله أن يقتص من المرفق فإن أراد أن يقتص من المرفق ويأخذ الحكومة فيما زاد كان له ذلك.

وان أراد أن يقتص من الكوع ويأخذ الحكومة فيما زاد فقد **اختلف أصحابنا** فيه، وقال الشيخ أبو إسحاق له ذلك لان الجميع مفصل داخل في الجناية

وقال ابن الصباغ في الشامل والطبري في العدة: ليس له ذلك لانه يمكنه أن يقطع من المرفق، ومتى أمكنه استيفاء حقه قصاصا لم يكن له أن يستوفى بعضه قصاصا وبعضه أرشا، كما لو قطع يده من الكوع وأراد أن يقتص من الاصابع ويأخذ الحكومة فيما زاد فليس له ذلك لانه يمكنه استيفاء حقه قصاصا وإن قالا أنه يخاف من الاقتصاص الجائفة (١) لم يكن له أن يقتص من

---

(١) قال في اللسان.

وفي الحديث " في الجائفة ثلث الدية " هي الطعنة التي تنفذ إلى الجوف، يقال جفته إذا أصبت جوفه وأجفته الطعنة وجفته بها وقال ابن الاثير: والمراد بالجوف ههنا كل ماله قوة محيلة كالبطن والدماغ." (١)

-٣٤٩

"بالذكر الاشل لانه لا يساويه، مثل أن كان لا ينمو بنمو صاحبه فبقى كما هو، فلو شل وصاحبه في العاشرة من عمره لوقف نموه ولا ينتصب ولا يجامع وقد تنسد فتحته فلا يبول ويعمل له الاطباء فتحة أخرى يبول منها فمثل هذا لا يقطع به ذكر سليم، وان قطع بعض ذكره انتقض منه وقال أبو إسحاق لايقتص منه كما قال في اللسان، والاول أصح، لانه إذا أمكن في جميعه أمكن في بعضه: فعلى هذا يعتبر المقطوع بالحد كالنصف والثلث والربع كما قلنا في الاذن والانف.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤١٩/١٨

قال الشافعي: ويقاد ذكر الا غلف بذكر المختون، كما تقطع اليد السمينة بالمهزولة، ولان تلك الجلدة مستحقة بالقطع فلا يمنع من القصاص (فرع)

وان قطع أنثييه اقتص منه لقوله تعالى " والجروح قصاص " ولانه طرف يمكن اعتبار المماثلة في أخذ القصاص به فشابه سائر الاطراف، فإن قطع احدى أنثييه قال الشافعي رضى الله عنه: سألت أهل الخبرة – فإن قالوا يمكن أن يقتص من أحدى البيضتين من القاطع ولا تتلف الاخرى – اقتص منه، وان قيل تتلف الاخرى لم يقتص منه – لانه لا يجوز أخذ اثنتين بواحدة – ويجب له نصف الدية.

وهل يتبعها جلدتها أو تفرد بحكم؟ فيه وجهان حكاهما في الفروع.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

**واختلف أصحابنا** في الشفرين، فمنهم من قال لاقصاص فيهما.

وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني رحمه الله لانه لحم وليس له مفصل ينتهى إليه فلم يجب فيه القصاص كلحم الفخذ.

ومنهم من قال يجب فيه القصاص، وهو

المنصوص في الام، لانهما لحمان محيطان بالفرج من الجانبين يعرف انتهاؤهما فوجب فيهما القصاص.

(فصل)

وان قطع رجل ذكر خنثى مشكل وأنثييه وشفريه وطلب حقه قبل أن يتبين حالة أنه ذكر أو أنثى نظرت فان طلب القصاص لم يكن له لجواز أن يكون امرأة فلا يجب لها عليه في شئ من ذلك قصاص، وان طلب المال." (١)

-٣٥٠

"في الذكر والانثيين، أو لم يكن للجاني ذكر ولا أنثيين إن كان قد قطعا.

قال أصحابنا البغداديون: فإنه يعطى دية الشفرين، وحكم الذكر والانثيين لا يبلغ ديتها لانه يستحق ذلك

(١) المجموع شرح المهذب ٤٢٩/١٨

بيقين ويشك في الزيادة.

وإن قال: لاأقف ولا أعفو عن القصاص وطلب المال فهل يعطى شيئا؟ فيه وجهان.

قال أبو علي بن أبي هريرة.

لا يعطى لانه مطالب بالقود، ولا يجوز أن يأخذ المال وهو مطالب بالقود.

وقال أكثر أصحابنا يعطى، وهو الاصح لانه يستحقه بيقين، فإذا قلنا بهذا فكم القدر الذي يعطى؟ اختلف أصحابنا فيه فقال القفال يعطى حكومة في الشفرين لانه يستحق ذات بيقين وقال القاضى أبو حامد: يعطى دية الشفرين: لانا لانتوهم وجوب القصاص فيهما.

ومن أصحابنا الخراسانيين من قال يعطى أقل الحكومتين في آلة الرجال أو آلة النساء لان ذلك هو اليقين.

ومن أصحابنا من قال: يعطي الحكومة في الذي قطعه آخر.

والاول أصح.

وان كان القاطع امرأة – فإن قلنا بقول الشيخ أبي حامد وأنه لاقصاص في الشفرين – فإنا لانتوهم وجب القصاص، فيعطى حكومة في آله الرجل وحكومة في آلة النساء، فإن بان رجلا تمم له دية الذكر والانثيين وحكومة الشفرين، وإن بان امرأة تمم له دية الشفرين وحكومة للذكر والانثيين.

وان قلنا بالمنصوص وأنه يجب القصاص فيهما فإنه لا يجب للخنثى القصاص في الحال لجواز ان يكون رجلا فلا يجب القصاص على المراة في الفرج الزائد، فإن طلب المال نظرت – فإن عفا عن القصاص أو لم يعف ولكن ليس للقاطعة شفراوان فعلى قول البغداديين من أصحابنا يعطى دية الشفرين وحكومة عن الذكر والانثيين فإن بان امرأة فقد استوفت حقها وان بان امرأة فقد استوفت حقها وان بان رجلا تمم له دية الذكر ودية الانثين وحكومة الشفرين، وعلى قول الخراسانيين يعطى حكومة للشفرين وحكومة للذكر والانثيين.

وان لم يعف عن القصاص وكان للقاطعة شفرتان فعلى قول أبي علي بن هريرة لا يعطى وعلى قول أكثر أصحابنا يعطى، فإذا قلنا بهذا فكم يعطى؟ وعلى قول القفال يعطى حكومة في الذكر والانثيين وعلى قول القاضى أبي حامد يعطى دية الذكر." (١)

-٣٥١

(١) المجموع شرح المهذب ٤٣١/١٨

"فأهله بين خيريتن إن أحبوا قتلوا وان أحبوأ أخذو الدية " والاهل لغة يقع على الرجال والنساء، ولانه يجعل القود لمن جعل له الدية، ولا خلاف أن الدية لجميع الورثة فكذلك القود، وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لاهل القتيل أن ينحجزوا الاول فالاول، وان كانت أمرأة " رواه أبو داود والنسائي.

قال أبو عبيد.

معنى أن ينحجزوا يكفوا عن القصاص، ولو لم يكن للمرأة حق في القصاص لما جعل لها الكف عنه.

وروى أن رجلا قتل رجلا، فأراد أولياء الدم القود، فقالت أخت المقتول - وكانت زوجة القاتل - عفوت عن نصبيي من القود، فقال عمر رضى الله عنه الله أكبر عتق من القتل (فرع)

إذا قطع طرف مسلم فارتد المقطوع ثم مات على الردة - وقلنا يجب القصاص في الطرف - فمن الذي يتسوفيه؟ قال الشافعي رضى الله عنه.

لوليه المسلم أن يقتص، واعترض المزني عليه فقال كيف يجوز لوليه أن يقتص وهو لا يرثه.

واختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال لايقتص وليه المسلم كما قال المزني، لانه لا يرثه - ولم يرد الشافعي الولى ههنا المناسب، وإنما أراد الامام.

وقال أكثرهم بل يجوز لوليه المناسب أن يقتص لان القصاص للتشفي وذلك إلى المناسب لا إلى الامام.

وقول الاول غير صحيح لانه قد يثبت القصاص لمن لا يرث، وهو إذا قتل رجل وعليه دين يحيط بتركته - فإذا قلنا إن الامام هو الذي يقتص كان بالخيار بين أن يقتص وبين أن يعفو على مال.

فإذا عفا على مال كان بها، وإذا قلنا يقتص الولى المناسب - فإن اقتص - فلا كلام، وان عفا على مال فهل يثبت؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد

(أحدهما)

لا يثبت لان أرش الطرف يدخل في أرش النفس فلما لم يجب أرش النفس لم يجب أرش الطرف

(والثانى)

يجب الارش وهو الاصح لان الجناية وقعت في حال مضمونة فلم يسقط حكمها بسقوط حكم السراية، فإذا

قلنا بهذا فكم الارش الذي يجب؟ فيه وجهان، قال عامة أصحابنا يجب أقل الامرين من أرش الطرف أو دية النفس لان دية النفس إذا كانت أكثر من أرش الطرف لم تجب الزيادة على أرش الطرف." (١)

-٣٥٢

"وقالت إنها زنت وهي حبلى، فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وليها فقال له: أحسن إليها فإذا وضعت فجئ بها فلما أن وضعت جاء بها، فأمر بها النبي صلى الله عليه وسلم فرجمت، ثم أمرهم فصلوا عليها " وإذا وضعت لم تقتل حتى تسقى الولد اللبا لانه لا يعيش إلا به، وإن لم يكن من يرضعه لم يجز قتلها حتى ترضعه حولين كاملين لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال للعامرية " اذهبي حتى ترضعيه " ولانه لما أخر القتل لحفظه وهو حمل فلان يؤخر لحفظه وهو مولود أولى، وإن وجد له مرضعة راتبة جاز أن يقتص لانه يستغنى بها عن الام.

وإن وجد مرضعات غير رواتب أو وجدت بهيمة يسقى من لبنها، فالمستحب لولى الدم أن لايقتص حتى ترضعه، لان اختلاف اللبن عليه والتربية بلبن البهيمة يفسد طبعه، فإن لم يصبر اقتص منها لان الولد يعيش بالالبان المختلفة وبلبن البهيمة.

وإن ادعت الحمل قال الشافعي رحمه الله تحبس حتى يتبين أمرها.

واختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الاصطخرى رحمة الله عليه: لا تحبس حتى يشهد أربع نسوة بالحمل، لان القصاص وجب فلا يؤخر بقولها.

وقال أكثر أصحابنا تحبس بقولها.

لان الحمل وما يدل عليه من الدم وغيره يتعذر اقامة البينة عليه فقبل قولها فيه.

(الشرح) حديث شداد بن أوس أخرجه مسلم في الذبائح عن أبي بكر بن أبي شيبة، وأبو داود في الاضاحي عن مسلم بن أبراهيم والترمذي في الديات عن أحمد بن منيع، والنسائي في الضحايا عن علي بن حجر، وعن الحسين بن حريب وعن محمد بن عبد الله بن بزيع وعن محمد بن رافع وعن ابراهيم بن يعقوب وابن ماجه في الذبائح وعن محمد بن المثنى، وأحمد في مسنده ج ٢ ص ١٠٨، ومسند أبي داود الطيالسي الحديث ١١١٩، وحديث عمران بن الحصين أخرجه مسلم في الحدود عن أبي غسان مالك بن عبد الواحد المسمعى،

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٤١/١٨

وأبو داود فيه عن مسلم ابن ابراهيم، والترمذي فيه عن الحسن بن علي، والنسائي في الجنائز عن اسماعيل ابن مسعود، وابن ماجه في الحدود عن العباس بن عثمان، وحديث العامرية مضى في الرضاع.." (١)

-٣٥٣

"لقوله تعالى " ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل، وفي قتلها في هذه الحالة إسراف، لانه يقتل من قتل ومن لم يقتل، لحديث عمران بن الحصين أن امرأة من جهينة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته أنها زنت وهي حبلى، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم وليها أن يحسن إليها حتى تضع فلما وضعت جئ بها فرجمت وأمرهم فصلوا عليها.

وروى أن عمر رضى الله عنه أمر بقتل امرأة بالزنا وهى حامل: فقال له معاذ بن جبل رضي الله عنه " أن كان لك سبيل عليها فليس لك سبيل على ما في بطنها، يعنى حملها، فترك عمر قتلها.

وقال كاد النساء أن يعجزن أن يلدن مثلك يا معاذ.

فإذا ثبت هذا فولدت لم تقتل حتى تسقى الولد اللبأ، لانه لا يعيش الا به فإذا سقته اللبأ نظرت، فإن لم توجد امرأة راتبة ترضعه، وانما وجد جماعة نساء يتاوبنه في الرضاع، أو وجدت بهيمة يسقى من لبنها، فالمستحب ألا يقتص حتى ترضعه أمه حولين، لان على الولد ضررا باختلاف لبن المرضعات، ولبن البهيمة يغير طبعه، فان اقتص منها جاز، لان بدنه يقوم بذلك، فان لم يوجد من يرضعه ولا وجدت بهيمة يسقى لبنها لم يجز للولى أن يقتص منها إلى وقت يستغنى عن لبنها، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال للعامرية " اذهبي حتى ترضعيه " ولانه إذا وجب تأخير القصاص لاجله وهو حمل، فلان يجب تأخيره لاجله بعد اوضع أولى.

قال الشيخ أبو حامد.

قال أصحابنا فان خالف الولى واقتص من الام في هذه الحالة ثم مات الطفل فهو قاتل عمد، وعليه القود، لانه بمثابة من حبس رجلا ومنعه الطعام والشراب حتى مات، فانه قاتل عمد ويجب على القود، هذا نقل أصحابنا البغداديين.

وقال المسعودي إذا وجد من ترضعه فان كان القتل لله كالرجم في الزنا لم تقتل حتى تنقضي مدة الرضاع، وان كان للآدمي قتلت (فرع)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٥٠/١٨

إذا وجب على المرأة القتل فأدعت أنها حامل قال الشافعي رحمه الله تحبس حتى يتبين أمرها.

واختلف أصحابنا في ذلك فقال أبو سعيد الاصطخرى." (١)

-٣٥٤

"وإن سرت إلى النفس كاللواط

(والثانى)

يجوز له الاقتصاص به لقوله تعالى " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " ولقوله تعالى " والجروح قصاص " ولانها جراحة يجوز لها قتل المشرك فجاز استيفاء القصاص بها كالقتل بالسيف، فعلى هذا إذا فعل به مثل ما فعل به فلم يمت قتله بالسيف لانه قد فعل به مثل ما فعل به، ولم يبق إلا إزهاق الروح فكان بالسيف (فرع)

إذا أوضحه بالضرب بالسيف أو بالرمي بالحجر لم يوضحه بضرب السيف ولا بالرمي بالحجر، بل يوضحه بحديدة ماضية بعد أن يضبط الجاني، لانه يستوفى منه أكثر مما جناه.

(مسألة) إذا جنى عليه جناية ذهب بها ضوء العين نظرت فإن كانت جناية لا يجب فيه القصاص كالهاشمة والمنقلة لم يقتص منه بالهاشمة والمنقلة لانه لا يجب فيها القصاص، ولكن يذهب ضوء العين بكافور يطرح في العين أو بأدناء حديدة

حامية إليها، لان ذلك أسهل ما يمكن، ولا يقلع الحدقة لانه لم يقلع حدقته، وإن كانت جناية يجب فيها القصاص كالموضحة اقتص منه في الموضحة، فإن ذهب ضوء العين فقد استوفى حقه، وإن لم يذهب الضوء عولج الضوء بما يذهبه بالكافور أو بإدناه الحديدة الحامية من العين على ما مضى وإن لطمه فأذهب ضوء عينيه فهل له أن يلطمه؟ اختلف أصحابنا فيها فقال الشيخ الامام أبو إسحاق الاسفراييني (١) ليس له أن يلطمه، وإنما يعالج إذهاب الضوء بما ذكرناه لما روى يحي بن جعدة أن أعرابيا قدم بجلوبة (وهو ما يجلب للبيع من بعيد وضبطها بعض الفقهاء بحلوبة) له إلى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان فنازعه فلطمه فقأ عينه، فقال له عثمان هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو؟ فأبي فرفعهما إلى علي فضى بما حكاه المصنف.

وقد كانت المرايا تصنع من الحديد المصقول يتراءى فيه الانسان وجهه، ولان اللطم لا يمكن اعتبار المماثلة فيه.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٥٣/١٨

(١) إذا قال النووي (الامام) وأطلق انصرف إلى امام الحرمين أبي المعالي الجويني، وإذا قال الشيخ أبو إسحاق؟ الشيرازي (الامام أو الشيخ الامام) وأطلق انصرف ذلك إلى الشيخ أبي اسحاق الاسفرايني." (١)

-٣٥٥

"ولا يضمن أيضا.

فان قال لا أحسن الاقتصاص أمرنا بالتوكيل.

وان قال أنا

أحسن وطلب أن يقتص بنفسه فقد قال الشافعي رضي الله عنه في موضع ليس له ذلك ويؤمر بالتوكيل.

وقال في موضع يمكن نائبا من الاقتصاص، **فاختلف أصحابنا** فيه، فمنهم من قال فيه قولان: أحدهما لا يمكن لانه لا يؤمن مثل ذلك منه، والثاني يمكن لان الظاهر أنه لا يعود إلى مثله، ومنهم من قال ليست على قولين، وانما هي على اختلاف حالين، فحيث قال يؤمر بالتوكيل أراد إذا كان لا يحسن ولا يوجد منه قبل ذلك، وحيث قال يمكن أراد به إذا علم منه أنه يحسن الاستيفاء.

(فرع)

وان وجب له القصاص في أنملة فاقتص في أنملتين - فان كان عامدا - وجب عليه القصاص، وان كان مخطئا وجب عليه الارش دون القود وان استوفى أكثر من حقه باضطراب الجاني لم يلزم المقص شئ، لانه حصل بفعل الجاني فهدر.

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل)

وان وجب له القصاص بالسيف فضربه فأصاب غير الموضع وادعى أنه أخطأ - فان كان يجوز في مثله الخطأ - فالقول قوله مع يمينه، لان ما يدعيه محتمل.

وان كان لا يجوز في مثله الخطأ لم يقبل قوله ولا يسمع فيه يمينه، لانه لا يحتمل ما يدعيه، وان أراد أن يعود ويقتص فقد قال في موضع لا يمكن، وقال في موضع يمكن.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٦٢/١٨

ومن أصحابنا من قال هما قولان

(أحدهما)

لا يمكن لانه لا يؤمن مثله في الثاني

(والثانى)

أنه يمكن لان الحق له، والظاهر أنه لا يعود إلى مثله.

ومن أصحابنا من قال ان كان يحسن مكن لان الظاهر أنه لا يعود إلى مثله، وان لم يحسن لم يمكن لانه لا يؤمن أن يعود الى مثله، وحمل القولين على هذين الحالين وان وجب له القصاص في موضحة فاستوفى أكثر من حقه أو وجب له القصاص

في أنملة فقطع أنملتين - فان كان عامدا - وجب عليه القود في الزيادة، وان كان خطأ وجب عليه الارش، كما لو فعل ذلك في غير القصاص، وان استوفى." (١)

-٣٥٦

"قد عفوت عن نصيبي من القود، فقال عمر رضى الله عنه: نجا من القتل، وكذلك ورى عن أبن مسعود ولا مخالف لهما في الصحابة فدل على أنه اجماع، ولان القصاص يقع مشتركا لا يتبعض، فإذا سقط بعضه سقط الجميع، وينتقل حق الباقين إلى الدية، لما أن رجلا دخل على امرأته فوجد معها رجلا فقتلها، فقال بعض اخوتها قد تصدقت، فقضى عمر لسائرهم بالدية، ولان حقهم سقط من القصاص بغير اختيارهم فانتقل حقهم إلى البدل مع وجوده كما ينتقل حق الشريك في العبد إذا أعتقه شريكه إلى القيمة.

(فرع)

إذا وجب له القصاص على رجل فرمى إليه بسهم أو بحرية ثم عفا عنه بعد الرمى وقبل الاصابة لم يصح العفو لانه لا معنى لهذا العفو كما لو جرحه ثم عفا عنه، وان وجب له القصاص فقد ذكرنا أنه يجوز له أن يوكل من يستوفى له القصاص بحضرة الموكل.

وهل يصح أن يوكل من يتسوفى له القصاص، فيه ثلاث طرق سبق لنا بيانها في الوكالة، وقلنا الصحيح أنه يصح قال ابن الصباغ: الا أنا إذا قلنا لا تصح الوكالة فاستوفى الوكيل القصاص فقد حصل به الاستيفاء، لانه استوفاه بإذنه كما نقول فيه إذا با ع الوكيل في

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٦٥/١٨

الوكالة الفاسدة، وانما يقيد فسادها هاهنا أن الحاكم لا يمكن اوكيل من الاستيفاء فلو وكل في الاستيفاء ثم عفا الموكل عن القصاص، فإن عفا بعد أن قتله الوكيل لم يصح عفوه، فإن عفا قبل أن يقتله الوكيل ثم قتله بعد علمه بالعفو فعلى الوكيل القود، وان لم يعلم هل كان العفو قبل القتل أو بعده؟ فلا شئ على الوكيل، لان الاصل أن لا عفو، وان عفا الموكل عن القصاص ثم قتله الوكيل ولم يعلم بالعفو فهل يصح العفو؟ فيه قولان

(أحدهما)

لا يصح العفو لانه عفا في وقت لا يمكن تلافيه فلم يصح، كما لو عفا بعد رمى الحرية إلى الجاني

(والثانى)

يصح لانه عفا عن قود غير متحتم قبل أن يشرع فيه الوكيل.

فصح كما لو علم الوكيل بالعفو قبل القتل **واختلف أصحابنا** في مأخذ القولين، فمنهم من قال أصلهما القولان في الوكيل هل ينعزل قبل أن يعلم بالعزل، ولم يذكر ابن الصباغ غيره، ومن أصحابنا." (١)

-٣٥٧

"فإن قلنا لا تصح وجبت دية النفس، وان قلنا تصح وخرجت من الثلث سقطت وإن خرج بعضها سقط ما خرج منها من الثلث ووجب الباقي وان كان بغير لفظ الوصية فهل هو وصية في الحكم أم لا؟ فيه قولان

(أحدهما)

أنه وصية لانه يعتبر من الثلث

(والثانى)

أنه ليس بوصية لان الوصية ما تكون بعد الموت، وهذا إسقاط في حال الحياة، فإذا قلنا انه وصية فعلى ما ذكرناه من القولين في الوصية للقاتل وان قلنا انه ليس بوصية صح العفو عن دية الاصبع لانه عفا عنها بعد الوجوب ولا يصح عما زاد لانه عفا قبل الوجوب فيجب عليه دية النفس الا أرش أصبع وأما إذا قال عفوت عن هذه الجناية قودها وعقلها ولم يقل وما يحدث منها، سقط القود في الجميع لما ذكرناه ولاسقط دية النفس لانه أبرأ منها قبل الوجوب وأما دية الاصبع فإنه إن كان عفا عنها بلفظ الوصية أو بلفظ العفو وقلنا انه وصية

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٨/٤٧٨

فهو وصية للقاتل – وفيها قولان – وان كان بلفظ العفو وقلنا انه ليس بوصية فان خرج من الثلث سقط، وان خرج بعضه سقط منه ما خرج ووجب الباقي لانه ابراء عما وجب

(فصل)

فإن جنى جناية يجب فيه القصاص كقطع اليد فعفا عن القصاص وأخذ نصف الدية ثم عاد فقتله، فقد **اختلف أصحابنا** فيه، فذهب أبو سعيد الاصطخرى رحمة الله عليه إلى أنه يلزمه القصاص في النفس أو الدية الكاملة ان عفى عن القصاص، لان القتل منفرد عن الجناية، فلم يدخل حكمه في حكمها

فوجب لاجله القصاص أو الدية ومن أصحابنا من قال لا يجب القصاص ويجب نصف الدية لان الجناية والقتل كالجناية الواحدة، فإذا سقط القصاص في بعضها سقط في جميعها ويجب نصف الدية لانه وجب كمال الدية وقد أخذ نصفها وبقى له النصف ومنهم من قال يجب له القصاص في النفس وهو الصحيح، لان القتل انفرد عن الجناية، فعفوه عن الجناية لا يوجب سقوط ما لزمه بالقتل ويجب له نصف الدية لان القتل إذا تعقب الجناية قبل الاندمال صار بمنزلة ما لو سرت إلى النفس ولو سرت وجب فيها الدية، وقد أخذ النصف وبقي للنصف." (١)

-٣٥٨

"ونصف قيمة سفينة صاحبه ونصف قيمة ما فيها، لما بيناه في الفارسين، فإن كان في السفن رجال فهلكوا ضمن عاقلة كل واحد منهما نصف ديات ركاب سفينته وركاب سفينة صاحبه، فان قصدا الاصطدام وشهد أهل الخبرة أن مثل هذا يوجب التلف، وجب على كل واحد منهما القصاص لركاب سفينته وركاب سفينة صاحبه، وان لم يفرطا ففي الضمان قولان

(أحدهما)

يجب كما يجب في اصطدام الفارسين إذا عجزا عن ضبط الفرسين.

(والثانى)

لا يجب لانها تلفت من غير تفريط منهما، فأشبه إذا تلفت بصاعقة **واختلف أصحابنا** في موضع القولين، فمنهم من قال القولان إذا لم يكن من جهتهما فعل، بأن كانت السفن واقفة فجاءت الريح فقلعتها فأما إذا

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٨٢/١٨

سيرا ثم جاءت الريح فغلبتهما ثم اصطدما وجب الضمان قولا واحدا لان ابتداء السير كان منهما فلزمهما الضمانم كالفارسين وقال أبو إسحاق وأبو سعيد القولان في الحالين، وفرقوا بينهما وبين الفارسين بأن الفارس يمكنه ضبط الفرس باللجام، والقيم لا يمكنه ضبط السفينة، فان قلنا

إنه يجب الضمان كان الحكم فيه كالحكم فيه إذا فرطا إلا في القصاص، فإنه لا يجب مع عدم التفريط.

وان قلنا انه لا يجب الضمان نظرت فإن كانت الصفن وما فيها لهما لم يجب على كل واحد منهما ضمان.

وان كانت السفن مستأجرة والمتاع الذى فيها أمانة كاوديعة وما المضاربة لم يضمن، لان الجميع أمانة فلا تضمن مع عدم التفريط.

وان كانت السفن المستأجرة والمتاع الذى فيها يحمل بأجرة لم يجب ضمان السفن لانها أمانة.

وأما المال فهو مال في يد أجير مشترك، فإن كان معه صاحبه لم يضمن، وان لم يكن معه صاحبه فعلى القولين في الاجير المشترك، وان كان أحدهما مفرطا، والاخر غير مفرط، كان الحكم في المفرط ما ذكرناه إذا كانا مفرطين.

والحكم في غير المفرط ما ذكرناه إذا كانا غير مفرطين

(فصل)

إذا كان في السفينة متاع لرجل فثقلت السفينة، فقال رجل لصاحب المتاع ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه فألقاه وجب عليه الضمان.

وقال أبو ثور لا يجب لانه ضمان ما لم يجب، وهذا خطأ لان ذلك ليس بضمان، لان." (١)

-٣٥٩

"كل من ابتدأ الفعل منه فانه يضمن ذلك الفعل إذا صار جناية، وان كان بمعونة غيره كما لو رمى سهما إلى عرض فحمل الريح السهم إلى انسان وقتله

(والثانى)

لا ضمان عليهما لانه لا فعل لهما ابتداء ولا انتهاء، وانما ذلك من فعل الريح فهو كما لو نزلت صاعقة فأحرقت السفينتين.

**واختلف أصحابنا** في

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٠/١٩

موضع القولين، فمنهم من قال: القولان إذا لم يكن للربان فعل لا ابتداء ولا انتهاء وهو في المراكب التى ينصب الربان الشراع ويمد الحبال ويقيمه نحو الريح حتى إذا هبت الريح دفعه.

فأما السفن البخارية فإن اندفاعها ماخرة في عباب البحر بمحركاتها التى تقوم مقام المجداف في الزوارق الصغيرة، وهذه السفن يمكن التحكم في سيرها إلى مسافة تحددها علوم البحار التى تقرر لكل سفينة قوة وحمولة وسرعة يمكن التحكم في سيرها وتوقى الاصطدام بغيرها إلى مسافة معينة، فإذا تعذر فلا ضمان.

أما السفن الصغار التى تسير بالمجداف أو الزوراق البخارية فانه يجب الضمان قولا واحدا، لان ابتداء الفعل منهما.

ومنهم من قال القولان إذا لم يكن منهما فعل بأن كاننا واقفتين أو لم يسير هما رباناهما فجاءت الريح فقلعتهما فأما إذا سيرا فقلعتهما فيجب الضمان قولا واحدا، ولم نفرق بين السفن التى تسير بنصف الشراع أو التى تسير بالبخار أو الصغار التى تسير بالمجداف.

ومنهم من قال القولان في الجميع سواء كاننا واقفتين أو سيراهما، وسواء كانتا تسيران بالشراع أو البخار أو المجداف، لان الفارس يمكنه ضبط الفرس باللجام، والسفينتان لا يمكنه أن يسيرها سيرا لا يغلبه الريح عليها (با؟) ان العوامل الجوية وهياج البحر له تأثير على ضبط القيادة وتفادى المخاطر فإذا قلنا يجب عليهما الضمان، فان كانت السفينتان وما فيهما لهما فلا يجب عليهما الضمان.

وكذلك إذا كانت السفينتان معهما وديعة، والمال الذى فيهما حملاه بأجرة فلا ضمان عليهما في السفينة.

وأما المال فان كان رب المال معه لم يضمنه الاجير، لان يد صاحبه عليه، وان لم يكن رب المال معه فعلى قولين لان أجيره مشترك وكذلك إذا استأجر على القيام بالسفينتين وما فيهما فهما أجيران مشتركان.

فان كان رب السفينة والمال معه فلا مضان.

وان لم يكن معه." (١)

-٣٦٠

"فعلى القولين، وإن كان أحدهما مفرطا والآخر غير مفرط.

قال الشيخ أبو حامد فإن المفرط جان والاخر غير جان، فإن كانت السفينتان وما فيهما لهما كان على المفرط قيمة سفينة صاحبه وما فيها، لانها تلفت بفعله، أما سفيته وما فيها فلا يرجع به على أحد لانهما هلكتا

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٢/١٩

بفعله، وإن كانتا وما فيهما لغيرهما فإن على المفرط قيمة سفينته وقيمة ما فيها، وعلية قيمة سفينة صاحبه وقيمة ما فيها، ولصاحب السفينة الذى لم يفرط قيمتها وله أن يطالب المفرط بذلك، وإن أراد أن يطالب الربان الذى لم يفرط فإن قلنا أن الربان يضمن وإن لم يفرط فها هها له أن يضمنه ثم يرجع الذى لم يفرط بما غرمه على المفرط، وان قلنا ان الربان لا يضمن إذا لم يفرط فإن كانت السفينة معه وديعة أو المال معه قراض فلا ضمان عليه وإن كان ذلك بيده استؤجر على حمله فهو أجير مشترك، وإن لم يكن صاحبه معه فإن قلنا لا يضمن لم يكن له مطالبته، وان قلنا يضمن فله أن يطالبه ثم يرجع بما غرمه على المفرط، فإن انكسرت إحداهما دون الاخرى فالحكم في المكسرة حكمهما إذا انكسرتا (فرع)

قال الشافعي رضى الله عنه: وإذا صدمت سفينته من غير أن يتعمد بها الصدم لم يضمن شيئا مما في سفينته بحال **واختلف أصحابنا** في صورتها فمنهم من قال صورتها أن يكون الربان قد عدل سفينته إلى الشط وربطها فطرح الانجد فجاءت سفينة أخرى فصدمتها فتلفت وما فيها فلا صمان عليه، لانه لا فعل لا يلزمه به الضمان.

وهذا القائل يقول: قول الشافعي صدمت سفينته؟ إنما هو بضم الصاد فعل لما لم يسم فاعله، ومنهم من قال صورتها إذا لم يكن منه تفريط، وأجاب بأحد القولين وهو الاصح لانه قال: صدمت سفينته من غير أن يتعمد بها الصدم، ولا يقال ذلك للمصدوم.

وانما

يقال مثله للصادم.

(مسألة) قوله: إذا كان في السفينة متاع الخ.

فان جملة ذلك إذا كان قوم في سفينة وفيها متاع فثقلت السفينة من المتاع ونزلت في الماء وخافوا الغرق فإن ألقى بعضهم متاعه في البحر لتخفف السفينة وسلموا لم يرجع به على أحد لانه أتلف ماله باختياره من غير أن يضمن له غيره عوضا فهو كما لو أعتق عبده.

وان طرح." (١)

-٣٦١

(١) المجموع شرح المهذب ٣٣/١٩

"اليهود والنصارى، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والزهرى وزيد بن على والقاسمية (ديته كذية المسلم) وقال أحمد (ان قتله عمدا فديته مثل دية المسلم) دليلنا ما روى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهمه، ودية أهل الكتاب يومئذ النصف من دية المسلم.

قال، وكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر فقام خطيبا فقال إن الإبل قد غلت.

قال ففرضها عمر على أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاء ألفى شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة.

قال وترك دية أهل الذمة ليرفعها فيما رفع من الدية) فإذا كانت الدية ثمانمائة دينار أو ثمانية آلاف درهم للمسلم والذمى على النصف من ذلك ثم زاد من قيمة الدية للمسلم من حيث لم يزدها لاهل الكتاب تبين لنا أن دية المسلم التى بلغت ألف دينار أو اثنى عشر ألف درهم مع باء دية الذمي أربعمائة دينار أو أربعة آلاف درهم، لانها لم ترفع فيما رفع من الدية.

نقول تبين لنا أن دية الذمي على الثلث من دية المسلم (فرع)

دية المجوسى ثلثا عشر دية المسلم، وبه قال مالك.

وقال أبو حنيفة ديته مثل دية المسلم.

وقال عمر بن عبد العزيز ديته مثل دية اليهودي والنصراني وهو نصف دية المسلم عنده دليلنا ما روى عن عمر وعثمان وابن مسعود وغيرهم أنهم قالوا (دية المجوسى ثمانمائة درهم ثلثا عشر دية المسلم، فإذا كانت دية المسلم إثنا عشر ألف درهم فان ثلثى عشرها ثمانمائة، ولا مخالف لهم في الصحابة، فدل على أنه إجماع.

وأما عبدة الاوثان إذا كان بيننا وبينهم هدنة أو دخلوا الينا بأمان فلا يجوز قتلهم.

فمن قتل منهم وجبت فيه دية المجوسى لانه كافر لا يحل للمسلم مناكحة أهل دينه فكانت ديته كالمجوسي ثلثى عشر دية المسلم.

وأما الكافر الذى لم تبلغه الدعوة فلا يجوز

قتله حتى يعرف أن ها هنا رسولا يدعو إلى الله، فإن أسلم وإلا فتل، فإن قتله قاتل قبل أن تبلغه الدعوة وجبت فيه الدية وقال أبو حنيفة (لادية فيه) دليلنا أنه محقون الدم فوجبت فيه الدية كالذمي إذا ثبت هذا **فاختلف**

أصحابنا في قدر ديته، فمنهم من قال تجب فيه دية المسلم، لانه مولود على الفطرة.
ومنهم من قال ان كان متمسكا بدين مبدل وجبت فيه." (١)

-٣٦٢

"الآدمى إما يد أو رجل أو عين.

وكذلك إذا سقطت مضغة لم يتبين فيها عضو من أعضاء الآدمى، ولكن قال أربع نسوة من القوابل الثقات أو عالمان في الطب البشرى أو علم الا جنبة أن فيها تخطيطا لآدمي، إلا أنه خفى فتجب فيه الغرة لان هؤلاء يدركون ما لا يدركه غيرهم.

وان قلن اولا قالا لم يخطط إلى الان ولكنه مبتدأ خلى آدمى، ولو بقى لتخطط فهل تجب به الغرة والكفارة وتنقضي به العدة اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال في الجميع قولان، ومنهم من قال تنقضي به العدة ولا تجب به الغرة ولا الكفارة قولا واحدا، وقد مضى ذلك، وان قلن أو قالا هذه مضغة تصلح للآدمي ولغيره، ولا ندرى لو بقيت هل تتخطط أم لا؟ فلا تجب به الغرة ولا الكفارة ولا تنقضي به العدة، لان الاصل براءة الذمة من الضمان وثبوت العدة.

وان ألقت المرأة جنينين وجبت عليه غرتان، وان ألقت ثلاثة وجبت عليه ثلاث غرر، وان ألقت رأسين أو أربع أيد لم يجب فيه الا غرة، لانه قد يكون له جسد واحد ذا رأسين أو أربع أيد فلا يجب ضمان ما زاد على جنين بالشك (فرع)

إذا ضرب بطن امرأة منتفخة البطن فزا الانتفاخ، أو بطن امرأة تجد حركة فسكنت الحركة لم يجب عليه شئ، وان ضرب بطن امرأة فماتت ولم يخرج الجنين لم يجب عليه ضمان الجنين وقال الزهري إذا سكنت الحركة التى تجد في بطنها وجب عليه ضمان الجنين دليلنا أنا انما نحكم بوجود الحمل في الظاهر، وانما نتحققه بالخروج، فإذا لم يخرج لم يتحقق أن هناك حملا بل يجوز أن يكون ريح فينفش فلا يلزمه الضمان بالشك وان ضرب بطن امرأة فماتت ثم خرج الجنين معها بعد موتها ضمن الام بديتها وضمن الجنين بالغرة.

وقال أبو حنيفة لا يضمن الجنين.

ودليلنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين بغرة عبدأو أمة، ولم يفرق بين أن يخرج قبل مرت أمه أو

---

(١) المجموع شرح المهذب ٥٣/١٩

بعده، ولان كل حمل كل مضمونا إذا خرج قبل موت الام كان مضمونا إذا خرج بعد موتها كما لو ولدته حيا، وان ضرب بطنها فأخرج الجنين رأسه وماتت ولم يخرج." (١)

-٣٦٣

"دليلنا كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لاهل اليمن عن عمرو بن حزم وفيه

(وفى الاذن خمسون من الابل) فدل على أنه يجب فيهما مائة (فرع)

وإن قطع بعض الاذن وجب عليه من ديتها ما قطع منها لانه يمكن تقسيط الدية عليها.

وان جنى على أذنه فاستحشفت أي يبست وانقبضت وصارت كهيئة الجلد إذا ترك على النار ففيه قولان (أحدهما)

يجب عليه ديتها كما لو جنى على يده فشلت

(والثانى)

لا يجب عليه الا الحكومة، لان منفعتها باقية مع استحشافها، وإنما نقص جمالها وإن أذنا مستحشفة، فاختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال إنه إذا جنى عليها فاستحشفت وحب عليه الدية ووجب هاهنا على قاطع المسحشفة الحكومة، كما لو قطع يدا شلاء وإن قلنا هناك لا يجب عليه الا الحكومة وجب هاهنا على قاطعها ديتها.

وقال الشيخ أبو حامد هذا تخليط لا يحكى، بل يجب عليه الحكومة قولا واحدا كما قلنا فيمن قلع عينا قائمة أو قطع يدا شلاء وان قطع أذن الاصم وجب عليه ديتها، لان ذهاب السمع لعلة في الرأس لا في الاذن.

قوله (ويجب في السمع الدية) فجملة ذلك أنه إذا أذهب سمعه من أحد الاذنين وجب عليه نصف الدية، كما لو أذهب البصر من أحد العينين، فإن أذهب سمعه فأخذت منه الدية ثم عاد السمع وجب رد الدية لانا علمنا أنه لم يذهب (فرع)

وان جنى عليه جناية فادعى أنه ذهب بها سمعه أو بصره أو شمه أخذنا رأى اثنين من أهل الخبرة من المسلمين، فإن قالا مثل هذه الجناية لا يذهب بها السمع والبصر والشم فلا شئ على الجاني، لانا علمنا كذب المدعى، وان قالا مثلها يذهب بها السمع أو البصر أو الشم فإن كان في البصر رجع إلى قولهما أو إلى اثنين من أهل الخبرة، فإن قالا قد ذهب البصر ولا يعود حكمنا على

(١) المجموع شرح المهذب ٥٧/١٩

الجاني بموجب الجناية، وان كان في السمع والشم لم يرجع إلى قولهما في ذهابه، لانه لا طريق لهما إلى المعرفة بذهابه بخلاف البصر، فإذا ادعى المجني عليه ذهاب السمع أو الشم فإن قال اثنان من أهل الخبرة من المسلمين لا يرجى عوده." (١)

-٣٦٤

"ومنها ما عدد حروفها ستة وعشرون، وحروف لغة العرب ثمانية وعشرون حرفا فإن كان المجني عليه يتكلم بالعربية قسمت ديته على ثمانية وعشرين حرفا.

وقال أبو سعيد الاصطخرى يقسم على حروف اللسان وهى ثمانية عشر حرفا ويسقط حروف الحلق وهى ستة، الهمزة والهاء والحاء والخاء والعين والغين، ويسقط حروف الشفة وهى أربعة الباء والميم والفا والواو.

والمذهب الاول، لان هذه الحروف وإن كان مخرجها الحلق والشفة إلا أن الذى ينطق بها هو اللسان، ولهذا لا ينطق بها الاخرس.

وإن ذهب حرف من كلامه وعجز به عن كلمة وجب عليه أرش الحرف لان الضمان يجب لما تلف، وإن جنى على لسانه فصار ألثغ وجب عليه دية الحرف

الذى ذهب، لان ما ابتدل به لا يقوم مقام الذاهب، وان جنى عليه فحصل في لسانه ثقل لم يكن أو عجلة لم تكن أو تمتمة لم تجب عليه دية، لان المنفعة باقية، وتجب عليه حكومة لما حصل من النقص والشين

(فصل)

وإن قطع ربع لسانه فذهب ربع كلامه، وجب عليه ربع الديه، وان قطع نصف لسانه وذهب نصف كلامه، وجب عليه نصف الدية، لان الذى فات من العضو والكلام سواء في القدر، فوجب من الديه بقدر ذلك، فإن قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام وجب عليه نصف الديه وان قطع نصف اللسان وذهب ربع الكلام وجب عليه نصف الدية، **واختلف أصحابنا** في علته، فمنهم من قال العلة فيه ان ما يتلف من اللسان مضمون، وما يذهب من الكلام مضمون، وقد اجتمعا فوجب أكثرهما وقال أبو إسحاق الاعتبار باللسان الا أنه إذا قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام دل ذهاب نصف الكلام على شلل ربع آخر من السان فوجب عليه نصف الدية، ربعها بالقطع وربعها بالشلل، فإن قطع ربع اللسان وذهب نصف الكلام وقطع آخر ما بقى من اللسان وجب عليه على تعليل الاول ثلاثة أربا ع الدية، اعتبارا بما بقى من اللسان، ويجب عليه على

(١) المجموع شرح المهذب ١٩/٨٣

تعليل أبى اسحاق نصف الدية وحكومة لانه قطع من اللسان نصفا صحيحا وربعا أشل، وان قطع واحد نصف." (١)

-٣٦٥

"علمنا أن القصيرة هي الاصلية، فيجب عليه أن يرد على الجاني الاول على الطويله ما زاد على الحكومه الا الديه، وان قطع قاطع القصيرة ك ان عليه الديه.

(فرع)

قال الشافعي رضى الله عنه (وفى يد الاعسم ورجل الاعرج إذا انتا سالمتين الديه) وهذا صحيح لقوله صلى الله عليه وسلم (في اليد خمسون من الابل وفى الرجل خمسون من الابل) ولم يفرق، ولان العرج انما يكون لقصر الساق أو لمرض فيه أو في غيره من الرجل والقدم سالم بنفسه فلم تنقص دية القدم لذلك، وأما الاعسم **فاختلف أصحابنا** فيه، فقال الشيخ أبو حامد هو الاعسر وهو الذى بطشه بيساره أكثر.

وقال ابن الصباغ الاعسم هو الذى يكون في رسغه مثل اعوجاج، والرسغ طرف الذراع مما بلى الكوع، وهو ظاهر كلام الشيخ أبى اسحاق.

(فرع)

ولا يفضل يمين عن يسار في الديه، لقوله صلى الله عليه وسلم (في اليد خمسون من الابل وفى الرجل خمسون من الابل) ولم يفرق، وان وجبت عليه الحكومه أكثرل مما لو عادت مستقيمه وجبت عليه حكومه للشين، وان عادت غير مستقيمه وجبت عليه الحكومه أكثر مما لو عادت مستقيمه، لانه أحدث بها نقص.

فان قال الجاني أنا أكسرها وأجبرها فتعود مستقيمه لم يجب رد الحكومه الاولة إليه، لانها استقرت عليه بالانجبار الاول، قال الشيخان أبو حامد وأبو إسحاق يجب عليه للكسر الثاني.

وقال ابن الصباغ فيه وجان كالجناية إذا اندملت ولم يكن لها شين.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

ويجب في الاليتين الديه، لان فيهما جمالا كاملا ومنفعة كامله فوجب فيهما الدية كاليدين، ويجب في احداهما

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩١/١٩

نصف الديه، لان ما وجبت الديه في اثنين منه وجب نصفها في أحدهما كاليدين، وان قطع بعضها وجب فيه من الدية بقدره، وان جهل قدره وجبت فيه الحكومه

(فصل)

وان كسر صلبه انتظر، فان جبر وعاد إلى حالته لزمته حكومة." (١)

-٣٦٦

"وأهل اللغه يقولون الشفران حاشية الاسكيتين، كما أن أشفار العينين أهدابهما فإذا قطعهما قاطع وجبت عليه الديه، لان فيهما جمالا ومنفعه، فأما الجمال فظاهر وأما المنفعة فإن لذة الجماع بهما اه.

فإن قطع إحداهما وجب عليه نصف الديه، لان كل اثنتين وجبت فيهما الديه وجب في احداهما نصف الدية كالدين، ولا فرق بين شفرى الصغيرة والعجوز، والبكر والثيب، وسوء كانتا صغيرتين أو كبيرتين، رقيقتين أو غليظتين كما قلنا في الشفتين، وسواء كانت قرناء أو رتقاء لان ذلك عيب في غيرهما، وسواء كانت مخفوضه أو غير مخفوضه (١) لان الخفض لا تعلق له بالشفرين، فإن جنى على شفريها فشلا وجبت عليه الديه (٢) ، لان كل عضو وجبت الديه بقطعه وجبت بشلله كاليدين.

وان قطع الشفرين والركنب، وهو عانه المرأة التى ينبت فيها الشعر وجبت الديه في الشفرين والحكومه في الركب.

هكذا أفاده الشافعي في باب الجناية على ركب المرأة من الام.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

قال الشافعي رحمه الله: إذا وطئ امرأة فأفضاها وجبت عليه الديه.

**واختلف أصحابنا** في الافضاء، وفقال بعضهم: هو أن يزيل الحاجز الذى بين الفرج وثقبة البول، وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني رحمه الله.

وقال بعضهم: هو أن يزيل الحاجز الذى بين الفرج والدبر، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وشيخنا القاضى أبي الطيب الطبري، لان الديه لا تجب الا بإتلاف منفعه كاملة، ولا يحصل ذلك الا بإزالة الحاجز بين السبيلين،

---

(١) المجموع شرح المهذب ١١٢/١٩

فأما ازالة الحاجز

---

(١) الخفض قطع جزء من البظر، وهو بالنسبة للاناث كالختان للذكران عند بعض الشعوب.

وفى حديث أم عطية الاسدية (أخفضى ولا تنهكي، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج) (٢) شللهما بأن ينفتحا فلا يقفلان، أو يقفلا فلا يفتحان." (١)

-٣٦٧

"بين الفرج وثقبة البول فلا تتلف بها المفعة، وإنما تنقص بها المنفعة، فلا يجوز أن يجب بها دية كامله، وإن أفضالها واسترسل البول وجب مع دية الافضاء حكومة للنقض الحاصل باسترسال البول، وإن أفضاها والتأم الجرح وجبت الحكومة دون الدية، إن أجاف جائفة والتامت لم يسقط أرشها، والفرق بينهما أن أرش الجائفة وجب باسمها فلم يسقط بالالتئام، ودية الافضاء وجبت بازالة الحاجز، وقد عاد الحاجز فلم تجب الدية

(فصل)

ولا يجب في إتلاف الشعور غير الحكومة، لانه إتلاف جمال من غير منفعه فلم تجب فيه غير الحكومه، كاتلاف العين القائمة واليد الشلاء.

(فصل)

ويجب في تعويج الرقبة وتصعير الوجه الحكومه، لانه إذهاب جمال من غير منفعه فوجبت فيه الحكومه، فإن كسر الترقوة أو كسر ضلعا فقد قال في موضع آخر: يجب فيه جمل، وقال في موضع: تجب فيه الحكومه **واختلف أصحابنا** فيه فقال أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة تجب فيه الحكومه قولا واحدا، والذى قال فيه جمل، أراد على سبيل الحكومه، لان تقدير الارش لا يجوز إلا بنص أو قياس على أصل، وليس في هذا نص ولا له أصل يقاس عليه، وقال المزني وغيره هو على قولين وهو الصحيح

(أحدهما)

أنه يجب فيه جمل لما روى أسلم مولى عمر عن عمر رضى الله عنه أنه قضى في الترقوة بجمل، وفى الضلع بجمل، وقول الصحابي في قوله القديم

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٢٣/١٩

حجة تقدم على القياس.

والقول الثاني وهو الصحيح أنه يجب فيه حكومه، لانه كسر عظم في غير الرأس والوجه فلم يجب فيه أرش مقدر ككسر عظم الساق، وما روى عن عمر يحتمل أنه قضى به على سبيل الحكومه، ولان قول الصحابي ليس بحجة في قوله الجديد.

(الشرح) قوله: الافضاء مأخوذ من الفضاء وهو المكان الواسع، ويكون بمعنى الجماع كقوله تعالى (وقد أفضى بعضكم إلى بعض) ويكون اللمس كقوله صلى الله عليه وسلم (إذا أفضى أحدكم بيده إلى ذكره فليتوضأ)." (١)

-٣٦٨

"وقوله (تصعير اوجه) الصغر بالتحريك ميل في العنق وانقلاب الوجه إلى أحد الشدقين، وربما كان الانسان أصعر خلقه، أو صعره غير بشئ يصيبه، وهو مصدر من باب تعب، وصعر خده بالتثقيل وصاعره أماله عن الناس إعراضا وتكبرا، والبرقوتان العظمان الناتئان أعلى الصدر والجمع تراقى.

قال تعالى (كلا إذا بلغت التراقي) والضلع كعنب وقد تسكن واحدة الاضلاع أما الاحكام فقد قال الشافعي رضى الله عنه: ولو افتضها فأفضاها أو أفضاها وهى ثيب كانت عليه ديتها، لانها جنايه واحدة وعليه مهر مثلها.

وجملة ذلك أنه إذا وطئ امرأة فأفضاها أو أفضاها بغير الوطئ، وقد نص عليه بقوله في الام: ولو افتضتها امرأة أو رجل بعود بلا جماع كانت عليهما ديتها، وليس هذا من معنى الجائفة بسبيل.

اه وقد اختلف أصحابنا في كيفية الافضاء، فقال الشيخ أبو حامد الاسفراييني هو أن يجعل مسلك البول ومسلك الذكر واحدا، لان ما بين القبل والدبر فيه بعد وقوة فلا يرفعه الذكر، ولانهم فرقوا بين أن يستمسك البول أو لا

يستمسك، وهذا انما يكون إذا انخرق الحاجز بين مسلك البول ومدخل الذكر وقال أبو على بن أبي هريرة: وهو أن يزيل الحاجز بنى الفرج والدبر، وهو قول القاضى أبي الطيب والجويني.

قال الشيخ أبو إسحاق: لان الديه لا تجب الا بإتلاف منفعة كامله، ولا يحصل ذلك إلا بإتلاف الحاجز بين السبيلين، فأما ازالة الحاجز بين الفرج وثقبة البول فلا ت؟ ؟ بها المنفعة وانما تنقص بها المنفعة، فلا يجوز أن

(١) المجموع شرح المهذب ١٢٤/١٩

تجب فيه ديه كامله وذكر ابن الصباغ له علة أخرى فقال: لانه ليس في البدن مثله، ولو كان المراد به ما بين مسلك البول ومسلك الذكر لكان له مثل، وهو ما بين القبل والدبر ولا يجب فيه الديه، فإن أفضاها واسترسل البول ولم يستمسك وجب عليه مع دية الافضاء حكومه للشين الحاصل باسترسال البول إذا ثبت هذا فلا تخلو المرأة المفضاة إما أن تكون زوجة أو أجنبيه أكرهها على الوطئ أو وطئها بشبهة، فإن كانت زوجته فأفضاها فإن كان البول مستمسكا فقد استقر عليه المهر بالوطئ ووجبت عليه دية الافضاء، وان." (١)

-٣٦٩

"كما كان من غير زيادة ولا نقصان لم يجب على الجاني شئ كما لو قلع سن صغير ثم نبت، فإن لم ينبت أصلا وأيس من نباته وجبت فيه حكومة للشين الحاصل بذهابه.

ولابن قدامة من الحنابله.

قوله: ولا تجب الدية إلا بذهابه على وجه لا يرجى عوده، مثل أن يقلب على رأسه ما يتلف منبت الشعر فينقلع بالكلية بحيث لا يعود، فإن رجى عوده إلى مدة انتظر إليها، وان عاد قبل أخذ الديه لم تجب، فان عاد بعد أخذها ردها، والحكم فيه عندهم كالحكم في ذهاب السمع والبصر فيما يرجى عوده وفيما لا يرجى.

(فرع)

إذا نبت للمرأة لحية فحلقها حالق فلم تنبت فهل تجب فيها الحكومه؟ فيه وجهان

(أحدهما)

وهو قول أبي العباس بن سريج أنه لا حكومة فيها، لان بقاء اللحيه في حقها شين وزوالها في حقها زين

(والثانى)

وهو المنصوص أنه يجب فيها الحكومه، لان ما يجب ضمانه من الرجل ضمن من المرأة كسائر الاعضاء، قال الشافعي رحمه الله: إلا أن الحكومه فيها أقل من الحكومه في لحية الرجل، لان للرجل جمالا بها ولا جمال بها للمرأة، وانما الحكومه للالم والعدوان وإذا ثبت هذا فان نبت للخنثى المشكل لحيه، فهل تكون دليلا على ذكوريته، فيه وجهان.

قال أبو على الطبري يكون دليلا على ذكوريته، فعلى هذا إذا نتفها رجل ولم تنبت كان عليه حكومه كالحكومه في لحية الرجل، وقال عامة أصحابنا لا يكون دليلنا على ذكوريته، فعلى هذا إذا نتفها رجل ولم تنبت كان في

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٢٥/١٩

وجوب الحكومه فيها وجهان كلحية المرأة.

(مسألة) قال الشافعي رضى الله عنه (وفى الترقوة جمل، وفى الضلع جمل) وقال في موضع) يجب في كل واحد منهما حكومه) واختلف أصحابنا فيهما، فذهب المزني وبعض أصحابنا إلى أن فيهما قولين

(أحدهما)

يجب في كل واحد منهما أرش مقدر، وانما يجب فيها حكومه، وبه قال مالك وأبو حنيفة واختاره المزني وهو الاصح، لانه كسر عظم باطن لا يختص بجمال ومنفعه فلم يجب فيه أرش مقدر كسائر عظام البدن، وما روى عن عمر رضى الله عنه فيحتمل أنه قضى بذلك على سبيل الحكومه، فمنهم من قال لا يجب فيه أرش مقدر وانما." (١)

-٣٧٠

"أقل لم يكن له أكثر منه، لان ثلث القيمة نقص وعاد إلى ثلث الدية بفعله فلم يستحق أكثر منه.

(فصل)

إذا ضرب بطن مملوكة حامل بمملوك فألقت جنينا ميتا وجب فيه عشر قيمة الام لانه جنين آدمية سقط ميتا بجنايته فضمن بعشر بدل الام كجنين الحرة، اختلف أصحابنا في الوقت الذى يعتبر فيه قيمة الام، فقال المزني وأبو سعيد الاصطخرى: تعتبر قيمتها يوم الاسقاط لانه حال استقرار الجناية والاعتبار في قدر الضمان بحال استقرار الجناية، والدليل عليه أنه قطع يد نصراني ثم أسلم ومات وجب فيه دية مسلم وقال أبو إسحاق: تعتبر قيمتها يوم الجناية، وهو المنصوص لان المجني عليه لم يتغير حاله فكان أولى الاحوال باعتبار قيمتها يوم الجناية، لانه حال لوجوب ولهذا لو قطع يد عبد ومات على الرق وجبت قيمته يوم الجناية، لانه حال الوجوب، وإن ضرب بطن أمة ثم أعتقت وألقت جنينا ميتا وجب فيه دية جنين حر لان الضمان يعتبر بحال استقرار الجناية، والجنين حر عند استقرار الجناية فضمن بالدية.

(الشرح) إذا لم يبق للجناية شين بعد الاندمال أو بقى لها شين لم تنقص به القيمة ولم يقص فلم تجب الحكومة، كما لو لطمه فاسود الموضع ثم زاد السواد.

وقال أبو إسحاق وأكثر أصحابنا: تجب عليه الحكومة، وهو المنصوص، لان الشافعي رضى الله عنه قال: وان

(١) المجموع شرح المهذب ١٢٩/١٩

نتف لحية امرأة أو شاربها فعليه الحكومة أقل من حكومة في لحية الرجل، لان الرجل له فيها جمال، ولا جمال للمرأة فيها، ولان جملة الآدمى مضمونة، فإذا أتلف جزءا منه وجب أن يكون مضمونا كسائر الاعيان، فإذا قلنا بهذا فإنه يقوم في أقرب أحواله إلى الاندمال، لانه لا بد أن ينقص، فان لم ينقص منه قوم قبله، فان لم ينقص قوم والدم جار.

وإن نتف لحية امرأة وأعدمها النبات قال أبو إسحاق المروزى: اعتبرتها بعبد كبير فأقول: هذا العبد الكبير كم قيمته وله مثل هذه اللحية؟ فان قيلمائة، قلت فكم قيمته ولا لحية له؟ فان قيل تسعون، وجب على الجاني عشر دية المرأة." (١)

-٣٧١

"فإن حاكم البلد الذى فيه القاتل إذا ثبت عنده القتل يكتب إلى حاكم البلد الذى فيه العاقلة ليقسم الدية عليهم، فإن كان بعض العاقلة حضورا في بلد القاتل وبعضهم غائبا عنه في بلد آخر نظرت فإن حضر معه الاقربون إليه، وأمكن أن يحمل ثلث الدية على الاقربين لم يحمل على من بعدهم، وإن لم يكن حمل ثلث الدية على الالاقربين حمل على من بعدهم، وإن كانوا غائبين، وبهذا قال أحمد وأصحابه وأبو حنيفة.

وان كان جماعة من العاقلة في درجة واحدة وبعضهم حاضر في بلد القاتل وبعضهم غائب عنه في بلد آخر، فإن لم يكن في الحضور سعة لاستغراق الدية ففيه قولان

(أحدهما)

أن الحاكم يقسم الدية على الحاضرين دون الغائبين، وهو قول مالك رضى الله عنه.

(والثانى)

تقسم الدية على الجميع، وبه قال أبو حنيفة وأحمد، فان حضر معه الابعدون وغاب الاقربون، فاختلف أصحابنا فيه، فقال الشيخ أبو إسحاق والمسعودي هي على القولين في التى قبلها، وقال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا يقدم الاقربون قولا احدا، لانه مبنى على التعصيب، وكل من قرب كان أولى كالميراث.

إذا ثبت هذا فقد قال الشافعي رضى الله عنه: ولا يقدم نجم الا بعد حلوله وجملة ذلك أن الدية إذا وجبت على العاقلة فإن كانت الابل موجودة معهم أو في بلدهم بثمن مثلها عند الحول وجبت عليهم أن يجمعوا ما

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٣٨/١٩

وجب على كل واحد

منهم ويشتروا به ابلا فان كانت معدومة أو موجودة بأكثر من ثمن مثلها انتقلوا إلى بدلها، وبدلها في قوله القديم اثنا عشر ألف درهم أو ألف مثقال، وفى قوله الجديد قيمتها، فإذا قلنا: تجب قيمتها فانها تقوم عليهم عند حلول الحول أقل إبل لو بذلوها لزم الولى قبول ذلك، فان أخذ الولى القيمة ثم وجدت الابل لم يكن له المطالبة بالابل، لان الذمة قد برئت بالقبض، وان قومت الابل ثم وجدت الابل قبل قبض القيثمة كان للولى أن يطالب بالابل، لان حقه في الابل لم يسقط بالتقويم، والله تعالى أعلم بالصواب." (١)

-٣٧٢

"قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

وإن جنى على عضو ثم اختلفا في سلامته فادعى الجاني أنه جنى عليه وهو أشل، وادعى المجني عليه أنه جنى عليه وهو سليم،، فقد اختلف أصحابنا

فيه، فمنهم من قال فيه قولان

(أحدهما)

أن القول قول الجاني، لان ما يدعيه كل واحد منهما محتمل، والاصل براءة ذمته

(والثانى)

أن القول قول المجني عليه لان الاصل سلامة العضو، ومنهم من قال القول في الاعضاء الظاهرة قول الجاني، وفى الاعضاء الباطنة القول قول المجني عليه، لانه لا يتعذر عليه إقامة البينة على السلامة في الاعضاء الظاهرة، فكان القول قول الجاني، ويتعذر عليه إقامة البينة في الاعضاء الباطنة، والاصل السلامة فكان القول قول المجني عليه ولهذا لو علق طلاق امرأته على ولادتها، فقالت ولدت لم يقبل قولها، لانه يمكن إقامة البينة على الولادة. ولو علق طلاقها على حيضها فقالت حضت قبل قولها لانه يتعذر إقامة البينة على حيضها، فإن اتفقا على سلامة العضو الظاهر وادعى الجاني أنه طرأ عليه الشلل وأنكر المجني عليه ففيه قولان

(أحدهما)

أن القول قول الجاني، لانه لا يتعذر إقامة البينة على سلامته.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٩/١٦٨

(والثانى)

أن القول قول المجني عليه، لانه قد ثبتت سلامته فلا يزال عنه حتى يثبت الشلل.

(فصل)

إذا أوضح رأس رجل موضحتين بينهما حاجز ثم زال الحاجز، فقال الجاني تأكل ما بينهما بسراية فعلى فلا يلزمنى إلا أرش موضحة، وقال المجني عليه أنا خرقت ما بينهما فعليك أرش موضحتين، فالقول قول المجني عليه، لان ما يدعيه كل واحد منهما محتمل، والاصل بقاء الموضحتين ووجوب الارشين، وإن أوضح رأسه فقال الجاني أو ضحته موضحة واحدة، وقال المجني عليه أوضحتني موضحتين وأنا خرقت ما بينهما، فالقول قو الجاني لان ما يدعيه كل واحد منهما محتمل، والاصل براءة الذمة.." (١)

-٣٧٣

"(الشرح) إذا قطع رجل عضوا من رجل ثم اختلفا، فقال الجاني قطعته وهو اشل وقال المجى عليه قطعته وهو سليم، **فاختلف أصحابنا** فيه فمنهم من قال فيه قولان

(أحدهما)

القول قول الجاني، وهو قول أبي حينفة، لان الاصل براءة ذمته من الضمان

(والثانى)

القول قول المجني عليه، وهو قول أحمد، لان الاصل سلامته من الشلل.

ومنهم من قال ان كان اختلافهما في الاعضاء الظاهرة كاليد والرجل وما أشبهما فالقول قول الجاني، وان كان اختلافهما في الاعضاء الباطنة كالذكر والانثيين، فالقول قول المجني عليه لان الاعضاء الظاهرة يمكن المجني عليه إقامة البينة على سلامتها فلم يقبل قوله في سلامتها والباطنة لا يمكن إقامة البينة على سلامتها فقبل قوله في سلامتها كما قلنا فيمن علق طلاق امرأته على دخول الدار فإنه لا يقبل قولها، فلو علق طلاقها على حيضها قبل قولها، فإذا قلنا القول قول الجاني في الاعضاء الظاهرة، وانما لا يكون ذلك إذا لم يقر الجاني أن المجني عليه كان صحيحا فأما إذا أقر أنه كان صحيحا ثم ادعى أنه علته الشلل وجنى عليه وهو أشل، وقال

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٧٢/١٩

المجني عليه بل كان صحيحا وقت الجناية ففيه قولان

(أحدهما)

القول قول الجاني مع يمينه، لان البينة لا تتعذر على المجني عليه على سلامته فلم يقبل قوله في سلامته.

(والثانى)

القول قول الجاني، فأراد المجني عليه لانهما قد اتفقا على سلامته قبل الجناية، والاصل بقاء سلامتها، ومتى قلنا القول قول المجني عليه لانهما قد اتفقا على سلامته قبل الجناية، والاصل بقاء سلامتها، ومتى قلنا قلنا القول الجاني فأراد المجني عليه اقامة البينة على سلامة العضو والمجني عليه نظرت فإن شهدت أن الجاني جنى عليه وهو سليم قبلنا، وان شهدت عليه أنه كان سليما قبل الجناية.

فإن قلنا ان الجاني إذا أقر سلامته قبل الجناية أن القول قوله لم تقبل

هذه البينة.

وان قلنا هناك القول قول المجني عليه قبلت لان المجني عليه يحتاج أن يختلف معها لجواز أن يكون قد حدث لها شلل بعد الشهادة وقبل الجناية.

قوله (إذا أوضح رأس رجل موضحتين الخ) فإنه حدث هذا ثم زال الحاجز بين الموضحتين، فقال الجاني تأكل ما بينهما بجنايتي فلا يلزمني الا أرش موضحة،." (١)

-٣٧٤

"الآية ثلاث كفارات، إحداهن إذا قتل مؤمنا في دار الاسلام بقوله (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) الثانية: إذا قتل مؤمنا في دار الحرب بأن كان أسيرا في صفهم أو مقيما باختياره بقوله تعالى (فإن كان من قوم عدولكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة) ومعناه في قوم عدولكم.

والثالثة: إذا قتل ذميا بقوله تعالى (وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) إذا ثبت هذا فظاهر الآية بقوله تعالى (وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا الا خطأ) أنه ما ينبغى لمؤمن أن يقتل مؤمنا الا خطأ قال العمرانى: الاستثناء من النفى اثبات، فليس له أن يقتله عمدا وله قتله خطأ، وقال القرطبي: ليس على النفى وانما هو على التحريم والنهى كقوله تعالى (وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله) ولو

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٧٣/١٩

كانت على النفى لما وجد مؤمن قتل مؤمنا قط، لان ما نفاه الله تعالى لا يجوز وجوده كقوله تعالى (ما كان لكم أن تنبتوا شجرها) فلا يقدر العباد أن ينبتوا شجرها، ثم استثنى استثناء منقطعا ليس من الاول، وهو الذى يكون فيه (الا)) بمعنى لكن والتقدير ما كان له أن يقتله ألبتة، لكن أن قتله خطأ فعليه كذا هذا قول سيبويه والزجاج اه وللاستثناء المنقطع شواهد كثيرة في القرآن كقوله تعالى (ما لهم به من علم الا اتباع الظن) وقوله تعالى (وما كنت ترجو أن يلقى اليك الكتاب الا رحمة من ربك) قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني: ولا خلاف بين أهل العلم أن قتل الخطأ محرم كقتل العمد، الا أن قتل العمد يتعلق به الاثم، وقتل الخطأ لا اثم فيه، واختلف أصحابنا في تأويل قوله (الا خطأ) فمنهم من قال هو استثناء منقطع من غير الجنس كما أوضحناه عن القرطبي من المالكية، واستشهد هؤلاء الاصحاب بقوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وتقدير لكن كلوا بالتجارة، لانه لو كان استثناء من الجنس لكان تقديره: الا أن تكون تجارة بينكم عن تراض منكم فكلوها بالباطل.

وهذا لا يجوز." (١)

-٣٧٥

"ونزلوا بحروراء وأرادوا قتاله، فأرسل إليهم عبد الله بن عباس يسألهم ما ينقمون منه؟ قالوا ثلاث، فقال ابن عباس ان رفعتها رجعتم؟ قالوا نعم.

قال وما هي؟ قالوا حكم في دين الله ولا حكم الا لله، وقتل ولم يسب، فإنه ان حل لنا قتلهم حل لنا سبيهم، ومحا اسمه من الخلافة فقد عزل نفسه من الخلافة يعنون اليوم الذى كتب الكتاب بينه وبين أهل الشام، فكتب فيه: أمير المؤمنين فقالوا لو أقررنا بأنك أمير المؤمنين ما قاتلناك، فمحاه من الكتاب، فقال ابن عباس أما قولكم انه حكم في الدين فقد حكم الله في الدين فقال تعالى (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) فحكم الله بين الزوجين، وقال الله تعالى (فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم) فحكم الله في أرنب قيمتها درهم، أفلا يجوز أن يحكم في هذا الامر العظيم بين المسلمين.

وأما قولكم أنه قتل ولم يسب، فأيكم كان يأخذ عائشة عليها السلام في سهمه وقد قال تعالى (وازواجه أمهاتهم) وإذا ثبت أن سبى عائشة لا يجوز كان غيرها من النساء مثلها وأما قولكم انه محا اسمه من الخلافة فقد عزل نفسه فغلط، لان النبي صلى الله عليه وسلم محا اسمه من النبوة، وذلك أنه لما قاضى سهيل بن عمرو

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٨٦/١٩

يم الحديبية كتب الكتاب هذا ما قاضي عليه محمد رسول الله سهيل بن عمرو، فقال لو اعترفنا بأنك رسول الله لما احتجت إلى كتاب، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أين رسول الله؟ فأراه إياه فمحاه للكاتب، وكان على بن أبي طالب أبى أن يمحوه حين أمره، فرجع منهم أربعة آلاف وقاتل الباقين (فرع)

وإذا أراد الامام أن يقتلهم فسألوه أن ينظرهم نظرت، فإن سألوه أن ينظرهم أبدا لم يجز له ذلك، لانه لا يجوز لبعض المسلمين ترك طاعة الامام

وان سألهم أن ينظرهم مدة، **فاختلف أصحابنا** فيه، فقال الشيخ أبو إسحاق ان سألوه أن ينظرهم يوما أو يومين أو ثلاثا أنظرهم، لان ذلك مدة قريبة ولعلهم يرجعون إلى الطاعة.

وان طلبوا أكثر من ذلك بحث فيه الامام فإن كان قصدهم الاجتماع على الطاعة أنظرهم، وان كان قصدهم الاجتماع على القتال لم ينظرهم لما في ذلك من الاضرار.." (١)

-٣٧٦

"من الاحاديث مما فيه إشعار بأن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم لاحد من هؤلاء فينبغي حمله على الرضخ، وهو العطية القليلة جمعا بين الاحاديث

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

وتقدير الرضح إلى اجتهاد أمير الجيش ولا يبلغ به سهم راجل لانه تابع لمن له سهم فنقص عنه كالحكومة لا يبلغ بها أرش العضو، ومن أين

يرضح لهم، فيه ثلاثة أوجه.

(أحدها) أنه يرضخ لهم من أصل الغنيمة، لانهم أعوان المجاهدين فجعل حقهم من أصل الغنيمة كالقتال والحافظ

(والثانى)

أنه من أربعة أخماس الغنيمة، لانهم من المجاهدين فكان حقهم من أربعة أخماس الغنيمة.

(والثالث) أنه من خمس الخمس، لانهم من أهل المصالح، فكان حقهم من سهم المصالح.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٩٩/١٩

(فصل)

وإن حضر أجير في إجارة مقدرة بالزمان ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) أنه يرضخ له مع الاجرة لان منفعة مستحقة لغيره فرضخ له كالعبد

(والثانى)

أنه يسهم له مع الاجرة لان الاجرة تجب بالتمكين والسهم بالحضور وقد وجد الجميع (والثالث) أنه يخير بين السهم والاجرة، فإن اختار الاجرة رضخ له مع الاجرة، وإن اختار السهم أسهم له وسقطت الاجرة، لان المنفعة الواحدة لا يستحق بها حقان، واختلف قوله في تجار الجيش، فقال في أحد القولين يسهم لهم لانهم شهدوا الوقعة، والثانى أنه لا يسهم لهم لانهم لم يحضروا للقتال، **واختلف أصحابنا** في موضع القولين، فمنهم من قال القولان إذا حضروا ولم يقاتلوا، وأما إذا حضروا فقاتلوا فإنه يسهم لهم قولا واحدا، ومنهم من قال القولان إذا قاتلوا، فأما إذا لم يقاتلوا فإنه لا يسهم لهم قولا واحدا

(فصل)

وإذا لحق بالجيش مدد أو أفلت أسير ولحق بهم نظرت فإن كان قبل انقضاء الحرب وحيازة الغنيمة أسهم لهم لقول عمر رضى الله عنه الغنيمة لمن." (١)

-٣٧٧

"بينهم أو أعرض عنهم) ولا يختلف أهل العلم أن هذه الآية نزلت فيمن وادعهم رسول الله صلى الله عليه وسلم من يهود المدينة قبل فرض الجزية، وإن حكم بينهما لم يلزمهما حكمه.

وإن دعا الحاكم أحدهما ليحكم بينهما لم يلزمه الحضور، وإن كانا ذميين نظرت فإن كان على دين واحد ففيه قولان

(أحدهما)

أنه بالخيار بين أن يحكم بينهما وبين أن لا يحكم، لانهما كافران فلا يلزمه الحكم بينهما كالمعاهدين، وإن حكم بينهما لم يلزمهما حكمه، وإن دعا أحدهما ليحكم بينهما لم يلزمه الحضور.

والقول الثاني أنه يلزمه الحكم بينهما، وهو اختيار المزني لقوله تعالى (وأن احكم بينهم بما أنزل الله) ولانه يلزمه دفع ما قصد كل واحد منهما بغير حق فلزمه الحكم بينهما كالمسلمين، وان حكم بينهما لزمهما حكمه، وإن

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣٦٣/١٩

دعا أحدهما ليحكم بينهما لزمه الحضور، وإن كانا على دينين كاليهودي والنصراني ففيه طريقان

(أحدهما)

أنه على القولين كالقسم قبله، لانهما كافران فصارا كما لو كانا على دين واحد.

(والثانى)

قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يجب الحكم بنهما قولا واحدا لانهما إذا كانا على دين فلم يحكم بينهما تحاكما إلى رئيسهما فيحكم بينهما، وإذا كانا على دينين لم يرض كل واحد منهما برئيس الاخر فيضيع الحق.

**واختلف أصحابنا** في موضع القولين، فمنهم من قال القولان في حقوق الادميين وفى حقوق الله تعالى، ومنهم من قال القولان في حقوق الادميين وأما حقوق الله تعالى فإنه يجب الحكم بينهما قولا واحدا، لان لحقوق الادميين من يطالب بها ويتوصل إلى استيفائها فلا تضيع بترك الحكم بينهما، وليس لحقوق الله تعالى من يطالب بها فإذا لم يحكم بينهما ضاعت.

ومنهم من قال القولان في حقوق الله تعالى فأما في حقوق الادميين فإنه يجب الحكم بينهما قولا واحدا، لانه إذا لم يحكم بينهما في حقوق الادميين ضاع حقه واستضر، ولا يوجد ذلك في حقوق الله تعالى، فإن تحاكم إليه ذمى ومعاهد ففيه قولان كالذميين وان تحاكم إليه مسلم وذمى أو مسلم ومعاهد لزمه." (١)

-٣٧٨

"وقال القرطبي معترضا على قول مالك: إن مجئ اليهود سائلين له صلى الله عليه وسلم يوجب لهم عهد، كما لو دخلوا للتجارة فإنهم في أمان إلى أن يردوا إلى مأمنهم، ثم قال ومن جملة ما تمسك به من قال ان الاسلام شرط حديث ابن عمر مرفوعا وموقوفا (من أشرك بالله فليس بمحصن) ورجح الدارقطني وغيره الوقف

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

إذا امتنع الذمي من التزام الجزية أو امتنع من التزام أحكام المسلمين انتقض عهده، لان عقد الذمة لا ينعقد إلا بهما فلم يبق دونهما، وإن قاتل المسلمين انتقض عهده، سواء شرط عليه تركه في العقد أو لم يشرط، لان

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤١٨/١٩

مقتضى عقد الذمة الامان من الجانبين، والقتال ينافي الامان فانتقض به العهد، وان فعل ما سوى ذلك نظرت فإن كان مما فيه اضرار بالمسلمين فقد ذكر الشافعي رحمه الله تعالى ستة أشياء، وهو أن يزنى بمسلمة أو يصيبها باسم النكاح، أو يفتن

مسلما عن دينه أو يقطع عليه الطريق أو يؤوى عينا لهم أو يدل على عوراتهم، وأضاف إليه أصحابنا أن يقتل مسلما، فإن لم يشرط الكف عن ذلك في العقد لم ينتقض عهده لبقاء ما يقتضى العقد من التزام أداء الجزية والتزام أحكام المسلمين والكف عن قتالهم.

وان شرط عليهم الكف عن ذلك في العقد ففيه وجهان:

(أحدهما)

أن هـ لا ينتقض به العقد، لانه لا ينتقض به العهد من غير شرط فلا ينتقض به مع الشرط، كإظهار الخمر والخنزير وترك الغيار (الثاني) أنه ينتقض به العهد لما روى أن نصرانيا استكره امرأة مسلمة على الزنا فرفع إلى أبي عبيدة بن الجراح فقال: ما على هذا صالحنا كم، وضرب عنقه، ولان عقوبة هذه الافعال تستوفى عليه من غير شرط فوجب أن يكون لشرطها تأثير، ولا تأثير الاما ذكرناه من نقض العهد، فإن ذكر الله عز وجل أو كتابه أو ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم أو دينه بما لا ينبغى فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق في حكمه حكم الثلاثة، الاولى وهى الامتناع من." (١)

-٣٧٩

"التزام الجزية والتزام أحكام المسلمين والاجتماع على قتالهم، وقال عامة أصحابنا حكمه حكم ما فيه ضرر بالمسلمين، وهى الاشياء السبعة ان لم يشترط في العقد الكف عنه لم ينقض العهد، وان شرط الكف عنه فعلى الوجهين، لان في ذلك اضرارا بالمسلمين لما يدخل عليهم من العار فألحق بما ذكرناه مما فيه اضرار بالمسلمين ومن أصحابنا من قال: من سب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجب قتله، لما روى أن رجلا قال لعبد الله بن عمر سمعت راهبا يشتم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لو سمعته لقتلته، انا لم نعطه الامان على هذا وان أظهر من منكر دينهم ما لاضرر فيه على المسلمين كالخمر والخنزير وضرب

الناقوس والجهر بالتوراة والانجيل وترك الغيار لم ينتقض العهد، شرط أولم بشرط، واختلف أصحابنا في تعليله، فمنهم من قال لا ينتقض العهد لانه اظهار مالا ضرر فيه على المسلمين، ومنهم من قال ينتقض لانه اظهار

(١) المجموع شرح المهذب ٤٢٣/١٩

ما يتدينون به وإذا فعل ما ينتقض به لعهد ففيه قولان

(أحدهما)

أنه يرد إلى مأمنه لانه حصل في دار الاسلام بأمان فلم يجز قتله قبل الرد إلى مأمنه كما لو دخل دار الاسلام بأمان صبى

(والثانى)

وهو الصحيح أنه لا يجب رده إلى مأمنه، لان أبا عبيدة بن الجراح قتل النصراني الذى استكره المسلمة على الزنا ولم يرده إلى مأمنه ولانه مشرك لا أمان له فلم يجب رده إلى مأمنه كالاسير، ويخالف من دخل بأمان الصبى، لان ذلك غير مفرط لانه اعتقد صحة عقد الامان فرد إلى مأمنة وهذا مفرط لانه نقص العهد فلم يرد إلى ما مأمنه، فعلى هذا يختار الامام ما يراه من القتل والاسترقاق والمن والفداء، كما قلنا في الاسير (الشرح) أثر (أن نصرانيا استكره) أخرجه البيهقى في السنن الكبرى بلفظ (عن سويد بن غفلة كنا مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو أمير المؤمنين بالشام فأتاه نبطى مضروب مشيجح، فغضب غضبا شديدا، فقال لصهيب انظر من صاحب هذا، فانطلق صهيب فإذا هو عوف بن مالك الاشجعى، فقال له ان أمير المؤمنين قد غضب غضبا شديدا، فلو أتيت معاذ بن جبل فمشى معك." (١)

-٣٨٠

"(أحدهما)

أنه يرد إلى ورثته وهو اختيار المزني، والدليل عليه أن المال لوارثة ومن ورث مالا ورثه بحقوقه، وهذا الامان من حقوق المال فوجب أن يورث والقول الثاني أنه يغنم وينتقل إلى بيت المال فيئا، ووجهه أنه لما مات انتقل ماله إلى وارثه وهو كافر لاأمان له في نفسه ولا في ماله فكان غنيمة.

وقال أبو علي بن خيران: المسألة على اختلاف حالين، فالذي قال يغنم إذا عقد الامان مطلقا ولم يشرط لوارثه والذى قال لا يغنم إذا عقد الامان لنفسه ولوارثه، وليس للشافعي رحمه الله ما يدل على هذه الطريقة، وأما إذا مات في في دار الاسلام فقد قال في سير الواقدي انه يرد إلى ورثته **واختلف أصحابنا** فيه، فمنهم من قال هو أيضا على قولين كالتي قبلها، والشافعي نص على أحد القولين ومنهم منقال يرد إلى ارثة قولا واحدا، والفرق بين المسألتين أنه إذا مات في دار الاسلام مات على أمانه فكان ماله على الامان، وإذا مات

(١) المجموع شرح المهذب ٤٢٤/١٩

في دار الحرب فقد مات بعد زوال أمانه فبطل في أحد القولين أمان ماله، فإن استرق زال ملكه عن المال بالاسترقاق، وهل يغنم؟ فيه قولان، أحدهما يغم فيئا لبيت المال والقول الثاني أنه موقوف لانه لا يمكن نقله إلى الوارث لانه حى ولا إلى مسترقه لانه مال له أمان، فإن عتق دفع المال إليه بملكه القديم، وان مات عبدا ففى ماله قولان حكاهما أبو علي بن أبي هريرة

(أحدهما)

انه يغنم فيئا ولايكون موروثا، لان العبد لا يورث

(والثانى)

أنه لوارثه لانه ملكه في حريته

(فصل)

فإن اقترض حربى من حربى مالاثم دخل الينا بأمان أو أسلم فقد قال أبو العباس عليه رد البدل على المقرض لانه أخذه على سبيل المعاوضة فلزمه البدل، كما لو تزوج حربية ثم أسلم، قال ويحتمل أنه لا يلزمه البدل، فإن الشافعي رحمه الله قال في النكاح: إذا تزوج حربى حربية ودخل بها وماتت ثم أسلم الزوج أو دخل الينا بأمان فجاء وارثها يطلب ميراثه من صداقها أنه لا شئ له لانه مال فائت في حال الكفر، قال والاول أصح ويكون تأويل المسألة أن الحربى تزوجها على غير مهر، فإن دخل مسلم دار الحرب بأمان فسرق منهم مالا أو اقترض منهم مالا وعاد إلى دار الاسلام ثم جاء صاحب المال إلى دار الاسلام بأمان وجب على المسلم رد ما سرق أو اقترض لان الامان يوجب ضمان المال في الجانبين فوجب رده." (١)

-٣٨١

"باب خراج السواد

(الشرح) الخراج الاتاوة، وهو ما يؤخذ من الارض أو من الكفار بسبب الامان قال الازهرى: الخراج يقع على الضريبة ويقع على مال الفئ ويقع على الجزية، وسواد العراق قراها ومزارعها، سميت سوادا لكثرة حضرتها، والعرب تقول لكل أخضر أسود

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٥٣/١٩

قال المصنف رحمه الله تعالى:

سواد العراق ما بين عبادان إلى الموصل طولا، ومن القادسية إلى حلوان عرضا، قال الساجى هو إثنان وثلاثون ألف ألف جريب، وقال أبو عبيد هو ستة وثلاثون ألف ألف جريب، وفتحها عمر رضى الله عنه وقسمها بين الغانمين ثم سألهم أن يردوا ففعلوا، والدليل عليه ما روى قيس بن أبي حازم البجلى قال: كنا ربع الناس في القادسية فأعطانا عمر رضى الله عنه ربع السواد وأخذناها ثلاث سنين، ثم وفد جرير بن عبد الله البجلى إلى عمر رضى الله عنه بعد ذلك فقال: أما والله لولا أنى قاسم مسئول لكنتم على ما قسم لكم وأرى أن تردوا على المسلمين ففعلوا.

ولا تدخل في ذلك البصرة.

وإن كات داخلا في حد السواد، لانها كانت أرضا سبخة فأحياها عمرو بن العاص الثقفى وعتبة بن غزوان بعد الفتح الا مواضع من شرقي دخلتها تسميها أهل البصرة الفرات، ومن غربي دخلتها نهر يعرف بنهر المرة.

**واختلف أصحابنا** فيما فعل عمر رضى الله عنه فيما فتح من أرض السواد فقال أبو العباس وأبو إسحاق: باعها من أهلها وما يؤخذ من الخراج ثمن، والدليل عليه أن من لدن عمر إلى يومنا هذا تباع وتبتاع من غير انكار.

وقال أبو سعيد الاصطخرى وقفها عمر رضى الله عنه على المسلمين فلا يجوز بيعها ولا شراؤها ولا هبتها ولارهنها، وانما تنقل من يد إلى يدوما يؤخذ من الخراج فهو أجرة وعليه نص في سير الواقدي، والدليل عليه ما روى بكير بن عامر عن عامر قال اشترى عقبة ابن فرقد أرضا من أرض الخراج، فأتى عمر فأخبره، فقال ممن اشتريتها؟ قال من أهلها، قال فهؤلاء أهلها المسلمون أبعتموه شيئا؟ قالوا لا، قال فاذهب فاطلب مالك، فإذا قلنا انه وقف فهل تدخل المنازل في الوقف؟ فيه." (١)

-٣٨٢

"وجهان

(أحدهما)

أن الجميع وقف

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٥٤/١٩

(والثانى)

أنه لايدخل في الوقف غير المزارع، لانا لو قلنا ان المنازل دخلت في الوقف أدى إلى خرابها، وأما الثمار فهل يجوز لمن هي في يده الانتفاع بها؟ فيه وجهان

(أحدهما)

أنه لا يجوز وعلى الامام أن يأخذها ويبيعها ويصرف ثمنها في مصالح المسلمين والدليل عليه

ما روى الساجى في كتابه عن أبي الوليد الطيالسي أنه قال: أدركت الناس بالبصرة ويحمل إليهم الثمر من الفرات فيؤتى به ويطرح على حافة الشط ويلقى عليه الحشيش ولا يطير ولا يشترى منه الا أعرابي أو من يشتريه فينبذه، وما كان الناس يقدمون على شرائه.

والوجه الثاني أنه يجوز لمن في يده الارض الانتفاع بثمرتها لان الحاجة تدعو إليه فجاز كما تجوز المساقاة والمضاربة على جزء مجهول

(فصل)

ويؤخذ الخراج من كل جريب شعير درهمان، ومن كل جريب حنطة أربعة دراهم، ومن كل جريب شجر وقصب وهو الرطبة ستة دراهم.

**واختلف أصحابنا** في خراج النخل الكرم، فمنهم من قال يؤخذ من كل جريب نخل عشرة دراهم، ومن كل جريب كرم ثمانية دراهم، لما روى مجاهد عن الشعبى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث عثمان بن حنيف فجعل على جريب الشعير درهمين وعلى جريب الحنطة أربعة دراهم وعلى جريب الشجر والقضب ستة دراهم وعلى جريب الكرم ثمانية دراهم وعلى جريب النخل عشرة دراهم وعلى جريب الزيتون اثنى عشر، ومنهم من قال يجب على جريب الكرم عشرة وعلى جريب الزيتون اثنى عشر، ومنهم من قال يجب على جريب الكرم عشرة وعلى جريب النخل ثمانية، لما روى أبو قتادة عن لاحق بن حميد يعنى أبا مجلز قال بعث عمر بن الخطاب عثمان بن حنيف وفرض على جريب الكرم عشرة وعلى جريب النخل ثمانية وعلى جريب البر أربعة وعلى جريب الشعير درهمين وعلى جريب القضب ستة وكتب بذلك إلى عمر فأجازه ورضى به وروى عباد بن كثير عن قحزم قال جبى عمر العراق مائة ألف ألف وسبعة وثلاثين ألف ألف وجباها عمر بن عبد العزيز

مائة ألف وأربعة وعشرون ألف ألف وجباها الحجاج ثمانية عشر ألف ألف وما يؤخذ من ذلك يصرف في مصالح المسلمين الاهم فالاهم لانه للمسلمين فصرف في مصالحهم والله أعلم." (١)

-٣٨٣

"على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها، فغدا عليها فاعترفت فرجمها، ولو وجب الجلد مع الرجم لامر به.

(فصل)

والمحصن الذى يرجم هو أن يكون بالغا عاقلا حرا وطئ في نكاح صحيح، فإن كان صبيا أو مجنونا لم يرجم، لانهما ليسا من أهل الحد، وإن كان مملوكا لم يرجم.

وقال أبو ثور: إذا أحصن بالزوجة رجم، لانه حد لا يتبعض فاستوى فيه الحر والعبد كالقطع في السرقة، وهذا خطأ لقوله عز وجل (فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) فأوجب مع الاحصان خمسين جلدة.

وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها الحد، ولان الرجم أعلى من جلد مائة، فإذا لم يجب على المملوك جلد مائة فلان لا يجب الرجم أولى، ويخالف القطع في السرقه فإنه ليس في السرقه حد غير القطع، فلو أسقطناه سقط الحد وفى ذلك فساد، وليس كذلك الزنا فإن فيه حدا غير الرجم فإذا أسقطناه لم يسقط الحد.

وأما من لم يطأ في النكاح الصحيح فليس بمحصن وإذا زنى لم يرجم، لما روى مسروق عن عبد الله قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله

إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزانى والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعه) ولا خلاف أن المراد بالثيب الذى وطئ في نكاح صحيح **واختلف أصحابنا** هل يكون من شرطه أن يكون الوطئ بعد كماله بالبلوغ والعقل والحريه أم لا؟ فمنهم من قال ليس من شرطه أن يكون الوطئ بعد الكمال فلو وطئ وهو صغير أو مجنون أو مملوك ثم كمل فزنى رجم، لانه وطئ أبيح للزوج الاول فثبت به الاحصان، كما لو وطئ بعد الكمال، ولان النكاح يجوز أن يكون قبل الكمال فكذلك الوطئ.

ومنهم من قال من شرطه أن يكون الوطئ بعد الكمال، فإن وطئ في حال الصغر أو الجنون أو الرق ثم كمل

---

(١) المجموع شرح المهذب ٤٥٥/١٩

وزنى لم يرجم، وهو ظاهر النص، والدليل عليه ما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه إن النبي صلى الله عليه وسلم قال:." (١)

-٣٨٤

"وروى عن أبي أمامة (اياك والخلوة بالنساء، والذى نفسي بيده ما خلا رجل بامرأة الا ودخل الشيطان بينهما، ولان يزحم رجل خنزيرا متلطخا بطين أو حمأة خير له من أن يزحم منكبه منكب امرأة لا تحل له) حديث غريب وأخرج الخطيب في تاريخ بغداد عن عمر بن الخطاب (لا يخلون رجل بامرأة فإن ثالثهما الشيطان، ومن سائته سيئتة وسرته حسنته فذاكم مؤمن) حديث أبي موسى سبق تخريجه اللغة.

قوله (وزلفا من الليل) الزلفة الطائفة من الليل، وجمعها زلف وزلفات وما ذكره المصنف لا خلاف فيه

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

ويحرم اتيان البهيمة لقوله عز وجل (والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين) فإن أتى البهيمة وهو ممن يجب عليه حد الزنا ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) أنه يجب عليه القتل لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه) وكيف يقتل؟ على الوجهين في اللواط.

والقول الثاني أنه كالزنا، فإن كان غير محصن جلد وغرب، وان كان محصنا رجم، لانه حد يجب بالوطئ فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا والقول الثالث أنه يجب فيه التعزير، لان الحد يجب للردع عما يشتهى وتميل

النفس إليه، ولهذا وجب في شرب الخمر ولم يجب في شرب البول وفرج البهيمة لا يشتهى فلم يجب فيه الحد.

وأما البهيمة فقد **اختلف أصحابنا** فيها، فمنهم من قال يجب قتلها لحديث ابن عباس وأبي هريرة، ولانها ربما أتت بولد مشوه الخلق، ولانها إذا بقيت كثر تعبير الفاعل بها.

ومنهم من قال لا يجب قتلها، لان البهيمة لا تذبح لغير مأكلة، وحديث." (٢)

-٣٨٥

(١) المجموع شرح المهذب ٨/٢٠

(٢) المجموع شرح المهذب ٢٩/٢٠

"(فصل)

وإن قال زنى فرجك أو دبرك أو ذكرك فهو قذف لان الزنا يقع بذلك، وان قال زنت عينك أو بدك أو رجلك فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال هو قذف، وهو ظاهر ما نقله المزني رحمه الله، لانه أضاف الزنا إلى عضو منه فأشبه إذا أضاف إلى الفرج، ومنهم من قال ليس بقذف من غير نية.

وخطأ المزني في النقل لان الزنا لا يوجد من هذه الاعضاء حقيقة، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم (العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان ويصدق ذلك كله الفرج أو يكذبه، فإن قال زنى بدنك ففيه وجهان.

(أحدهما)

أنه قذف من غير نية، لان الزنا بجميع البدن يكون بالمباشرة فلم يكن صريحا في القذف.

(والثانى)

أنه قذف لانه أضاف إلى جميع البدن والفرج داخل فيه، وان قال لا ترد يد لا مس لم يكن قاذفا، لما روى أن رجلا من بنى قزارة قال للنبي صلى الله عليه وسلم إن امرأتي لا ترد يد لامس، ولم يجعله النبي صلى الله عليه وسلم قاذفا.

وان قال زنى بك فلان وهو صبى لا يجامع مثله لم يكن قاذفا، لانه

لا يوجد منه الوطئ الذى يجب به الحد عليها، وان كان صبيا يجامع مثله فهو قذف لانه يوجد منه الوطئ الذى يجب به الحد عليها وان قال لامرأته زنيت بفلانة أو زنت بك فلانة لم يحب به الحد، لان ما رماها به لا يوجب الحد.

(فصل)

وان أتت امرأته بولد فقال ليس منى لم يكن قاذفا من غير نية لجواز أن يكون معناه ليس منى خلقا أو خلقا أو من زوج غيرى أو من وطئ شبهة أو مستعار.

وان نفى نسب ولده باللعان فقال رجل لهذا الولد لست بابن فلان لم يكن قذفا، لانه صادق في الظاهر أنه ليس منه، لانه منفى عنه.

قال الشافعي رحمه الله: إذا أقر بنسب ولد فقال له رجل لست بابن فلان فهو قذف وقال في الزوج: إذا قال للولد الذى أقر به لست بابنى أنه ليس بقذف **واختلف أصحابنا** فيه فمنهم من قال ان أراد القذف فهو قذف في المسألتين، وان لم يرد القذف فليس بقذف في المسألتين، وحمل جوابه في المسألتين على هذين الحالين. ومن أصحابنا من نقل جوابه في كل واحدة منهما إلى الاخرى وجعلهما على قولين.." (١)

-٣٨٦

"وإن ثبتت السرقة بالبينة فادعى السارق أن المسروق ماله وهبه منه أو أباحه له وأنكر المسروق منه ولم يكن للسارق بينة لم يقبل دعواه في حق المسروق منه

لانه خلاف الظاهر بل يجب تسليم المال إليه.

وأما القطع فالمنصوص أنه لا يجب لانه يجوز أن يكون صادقا وذلك شبهة فمنعت وجوب الحد.

وذكر أبو إسحاق وجها آخر أنه يقطع لانا لو أسقطنا القطع بدعواه أفضى إلى أن لا يقطع سارق، وهذا خطأ لانه يبطل به إذا ثبت عليه الزنا بامرأة وادعى زوجيتها فإنه يسقط الحد وان أفضى ذلك إلى اسقاط حد الزنا، وان ثبتت السرقة بالبينة والمسروق منه غائب فالمنصوص في السرقة أنه لا يقطع حتى يحضر فيدعى، وقال فيمن قامت البينة عليه أنه زنى بأمة ومولاها غائب أنه يحد ولا ينتظر حضور المولى **فاختلف أصحابنا** فيه على ثلاثة مذاهب.

(أحدها) وهو قول أبي العباس ابن سريج رحمه الله انه لا يقام عليه الحد في المسألتين حتى يحضر، وما روى في حد الزنا سهو من الناقل، ووجهه أنه يجوز أن يكون عند الغائب شبهة تسقط الحد بأن يقول المسروق منه كنت أبحته له، ويقول مولى الامة كنت وقفتها عليه، والحد يدرأ بالشبهة فلا يقام عليه قبل الحضور.

(والثانى)

وهو قول أبي اسحق أنه ينقل جواب كل واحدة منهما إلى الاخرى فيكون في المسألتين قولان

(أحدهما)

أنه لا يحد لجواز أن يكون عند الغائب شبهة

(والثانى)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٥٨/٢٠

أنه يحد لانه وجب الحد في الظاهر فلا يؤخر.

(والثالث) وهو قول أبي الطيب ابن سلمة وأبى حفص بن الوكيل أنه يحد الزانى ولا يقطع السارق على ما نص عليه، لان حد الزنا لا تمنع الاباحة من وجوبه، والقطع في السرقة تمنع الاباحة من وجوبه، وان ثبتت السرقة والزنا بالاقرار فهو كما لو ثبتت بالبينة فيكون على ما تقدم من المذاهب.

ومن أصحابنا من قال فيه وجه آخر أنه يقطع السارق ويحد الزانى في الاقرار وجها واحدا، والصحيح أنه كالبينة، وإذا قلنا انه ينتظر قدوم الغائب ففيه

وجهان

(أحدهما)

أنه يحبس لانه قد وجب الحد وبقى الاستيفاء فحبس كما يحبس." (١)

-٣٨٧

"ولا معتوها، لانه إذا لم يجز أن يكون واحد من هؤلاء شاهدا فلان لا يجوز أن يكون قاضيا أولى، ولا يجوز أن يكون امرأة لقوله صلى الله عليه وسلم: ما أفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة، ولانه لا بد للقاضى من مجالسة الرجل من الفقهاء والشهود والخصوم والمرأة ممنوعة من مجالسة الرجل لما يخاف عليهم من الافتتان بها ولا يجوز أن يكون أعمى لانه لا يعرف الخصوم والشهود، وفى الاخرس الذى يفهم الاشارة وجهان كالوجهين في شهادته، ولا يجوز أن يكون جاهلا بطرق الاحكام لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: القضاة ثلاثة، قاضيان في النار وقاض في الجنة، فأما الذى في الجنة فرجل عرف الحق فحكم به فهو في الجنة، وأما اللذان في النار فرجل عرف الحق فجار في حكمه فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار، ولانه إذا لم يجز أن يفتى الناس وهو

لا يلزمهم الحكم، فلان لا يجوز أن لا يقضى بينهم وهو يلزمهم الحكم أولى، ويكره أن يكون القاضى جبارا عسوفا، وأن يكون ضعيفا مهينا، لان الجبار يهابه الخصم فلا يتمكن من استيفاء حجته، والضعيف يطمع فيه الخصم ويتشط عليه، ولهذا قال بعض السلف وجدنا هذا الامر لا يصلحه الا شدة من غير عنف ولين من غير ضعف.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩٦/٢٠

(فصل)
ولا يجوز ولاية القضاء الا بتولية الامام أو تولية من فوض إليه الامام لانه من المصالح العظام فلا يجوز الا من جهة الامام، فإن تحاكم رجلان إلى من يصلح أن يكون حاكما ليحكم بينهما جاز، لانه تحاكم عمر وأبى بن كعب إلى زيد بن ثابت، وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم واختلف قوله في الذى يلزم به حكمه، فقال في أحد القولين لا يلزم الحكم إلا بتراضيهما بعد الحكم وهو قول المزني رحمه الله تعالى، لانا لو ألزمناهما حكمه كان ذلك عزلا للقضاة وافتياتا على الامام، ولانه لما اعتبر تراضيهما في الحكم اعتبر رضاهما في لزوم الحكم.
والثانى أنه يلزم بنفس الحكم، لان من جاز حكمه لزم حكمه كالقاضي الذى ولاه الامام، واختلف أصحابنا فيما يجوز فيه التحكيم، فمنهم من قال يجوز في كل ما تحاكم فيه الخصمان كما يجوز حكم القاضى الذى ولاه الامام، ومنهم من قال يجوز في الاموال، فأما في النكاح والقصاص واللعان وحد القذف فلا يجوز." (١)
-٣٨٨
"قال بالعدالة، قال هو جارك الادنى تعرف ليله ونهاره ومدخله ومخرجه، قال لا، قال فمعاملك بالدينار والدرهم اللذين يستدل بهما على الورع، قال لا، قال فصاحبك في السفر الذى يستدل به على مكارم الاخلاق، قال لا قال لست تعرفه، ثم قال للرجل ائتنى بمن يعرفك، ولانه لا يؤمن أن يكون فاسقا فلا يحكم بشهادته.
وإن أراد أن يعرف عدالته كتب اسمه ونسبه وحليته وصنعته وسوقه ومسكنه حتى لا يشتبه بغيره، ويذكر من يشهد له حتى لا يكون ممن لا تقبل شهادته له من والد أو ولد، ويذكر من يشهد عليه حتى لا يكون عدوا لا تقبل شهادته عليه، ويذكر قدر ما يشهد به.
لانه قد يكون ممن يقبل قوله في قليل ولا يقبل قوله في كثير، ويبعث ما يكتبه مع أصحاب المسائل، ويجتهد أن لا يكون أصحاب المسائل معروفين عند المشهود له حتى لا يحتال في تعديل الشهود ولا عند المشهود عليه حتى لا يحتال في جرح الشهود ولا عند الشهود حتى لا يحتالوا في تعديل أنفسهم ولا عند المسئولين عن الشهود حتى لا يحتال لهم الاعداء في الجرح ولا الاصدقاء في التعديل، ويجتهد أن لا يعلم أصحاب المسائل بعضهم ببعض فيجمعهم الهوى على التواطؤ على الجرح والتعديل.

(١) المجموع شرح المهذب ١٢٧/٢٠

قال الشافعي رحمه الله: ولا يثبت الجرح والتعديل إلا باثنين، ووجهه أنه شهادته فاعتبر فيها العدد.

واختلف أصحابنا هل يحكم القاضي في الجرح والتعديل بأصحاب المسائل أو بمن عدل أو جرح من الجيران، فقال أبو إسحاق يحكم بشهادة الجيران لانهم يشهدون بالجرح والتعديل، فعلى هذا يجوز أن يقتصر على قول الواحد من

أصحاب المسائل، ويجوز بلفظ الخبر ويسمى للحاكم من عدل أو جرح، ثم يسمع الشهادة بالتعديل والجرح من الجيران على شرط الشهادة في العدد ولفظ الشهادة.

وحمل قول الشافعي رحمه الله في العدد على الجيران.

وقال أبو سعيد الاصطخرى يحكم بشهادة أصحاب المسائل وهو ظاهر النص لان الجيران لا يلزمهم الحضور للشهادة بما عندهم فحكم بشهادة أصحاب المسائل، فعلى هذا لا يجوز." (١)

-٣٨٩

"الآخر وفى السابق منهما.

والثانى أنه يقسم بينهما لان البينة حجة كاليد، ولو استويا في اليد قسم بينهما فكذلك إذا استويا في البينة.

والثالث أنه يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حكم له لانه لا مزية لاحداهما على الاخرى فوجب التقديم بالقرعة كالزوجتين إذا أراد الزوج السفر بإحداهما.

(فصل)

وان كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر أربعة وأكثر فهما متعارضتان وفيهما القولان لان الاثنين مقدران بالشرع فكان حكمهما وحكم ما زاد سواء، وإن كانت إحدى البينتين أعدل من الاخرى فهما متعارضتان وفيهما القولان، ولانهما متساويتان في إثبات الحق.

وإن كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر شاهدا وامرأتين فهما متعارضتان وفيهما القولان لانهما يتساويان في إثبات المال، وان كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الاخر شاهدا ويمينا ففيه قولان

(أحدهما)

أنهما يتعارضان وفيهما القولان لانهما تساويا في اثبات المال (والقول الثاني) أنه يقضى لمن له الشاهدان لان

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٣٥/٢٠

بينته مجمع عليها وبينة الاخر مختلف فيها.

(فصل)

وان كانت العين في يد غيرهما فشهدت بينة أحدهما بأنه ملكه من سنة وشهدت بينة الآخر أنه ملكه من سنتين ففيه قولان.

قال في الهويطى هما سواء لان القصد إثبات الملك في الحال وهما متساويتان في اثبات الملك في الحال والقول الثاني أن التى شهدت بالملك المتقدم أولى وهو اختيار المزني وهو الصحيح لانها انفردت بإثبات الملك في زمان لا تعارضها فيه البينة الاخرى.

وأما إذا كان الشئ في يد أحدهما فإن كان في يد من شهد له بالملك المتقدم حكم له، وان كان في يد الآخر فقد **اختلف أصحابنا** فيه، فقال أبوا لعباس رحمه الله يبنى على القولين في المسألة قبلها ان قلنا انهما يتساويان حكم لصاحب اليد، وان قلنا ان التى شهدت بالملك المتقدم تقدم قدمت ههنا أيضا لان الترجيح من جهة البينة أولى من الترجيح باليد.

ومن أصحابنا من قال يحكم به لمن هو في يده قولا واحدا لان اليد الموجودة أولى من الشهادة بالملك المتقدم.

وأما إذا تداعيا دابة وأقام أحدهما بينة أنها ملكه نتجت في ملكه، وأقام." (١)

-٣٩٠

"الآخر أنها دابته ولم يذكر النتاج فقد **اختلف أصحابنا** فيه، فقال أبو العباس الحكم فيه كالحكم في الشهادة بالملك المتقدم وفيها قولان، لان الشهادة بالنتاج كشهادته بالملك المتقدم.

وقال أبو إسحاق: يحكم لمن شهدت له البينة بالنتاج قولا واحدا، لان بينة النتاج تنفى أن يكون الملك لغيره، والبينة بالملك المتقدم لا تنفى أن يكون الملك قبل ذلك لغير المشهود له

(فصل)

إذا ادعى رجل دارا في يد رجل وأقام بينة أن هذه الدار كانت في يده أو في ملكه أمس فقد نقل المزني والربيع أنه لا يحكم بهذه الشهادة، وحكى البويطى أن يحكم بها، فقال أبو العباس فيها قولان: أحدهما أنه يحكم بذلك لانه قد ثبت بالبينة أن الدار كانت له والظاهر بقاء الملك.

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٩٠/٢٠

والقول الثاني أنه لا يحكم بها وهو الصحيح لانه ادعى ملك الدار في الحال وشهدت له البينة بما لم يدعه فلم يحكم بها، كما لو ادعى دارا فشهدت له البينة بدار أخرى.
وقال أبو إسحاق لا يحكم بها قولا واحدا، وما ذكره البويطى من تخريجه.

(فصل)
وان ادعى رجل على رجل دارا في يده وأقر بها لغيره نظرت فإن صدقه المقر له حكم له، لانه مصدق فيما في يده، وقد صدقه المقر له فحكم له وتنتقل الخصومة إلى المقر له، فإن طلب المدعى يمين المقر أنه لا يعلم أنها له ففيه قولان بناء على من أقر بشئ في يده لغيره ثم أقر به لآخر، وفيه قولان:
(أحدهما)
يلزمه أن يغرم الثاني.

(والثانى)
لا يلزمه، فإن قلنا يلزمه أن يغرم حلف لانه ربما خاف أن يحلف فيقر للثاني فيغرم له، وان قلنا لا يلزمه لم يحلف لانه ان خاف من اليمين فأقر للثاني لم يلزمه شئ فلا فائدة في تحليفه، وان كذبه المقر ففيه وجهان:
(أحدهما)
وهو قول أبي العباس أنه يأخذها الحاكم ويحفظها إلى أن يجد صاحبها، لان الذى في يده لا يدعيها والمقر له أسقط اقراره بالتكذيب وليس للمدعى بينة فلم يبق الا أن يحفظها الحاكم كالمال الضال
(والثانى)
وهو قول أبي اسحاق أنه يسلم إلى المدعى، لانه ليس ههنا من." (١)
-٣٩١

"ان تقابلت طائفتان فوجد قتيل من احدى الطائفتين فهو لوث على الطائفة الاخرى، فإن ادعى الولى أنهم قتلوه حلف وقضى له بالدية، لان الظاهر أنه لم تقتله طائفة، وان شهد جماعة من النساء أو العبيد على رجل بالقتل نظرت، فان جاءوا دفعة واحدة وسمع بعضهم كلام البعض لم يكن ذلك لوثا، لانه يجوز أن يكونوا

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٩١/٢٠

قد تواطأوا على الشهادة، وان جاؤا متفرقين واتفقت أقوالهم ثبت

اللوث ويحلف الولى معهم، وان شهد صبيان أو فساق أو كفار على رجل بالقتل وجاءوا دفعة واحدة وشهدوا لم يكن ذلك لوثا، لانه يجوز أن يكونوا قد تواطأوا على الشهادة، فإن جاءوا متفرقين وتوافقت أقوالهم ففيه وجهان.

(أحدهما)

أنه ذلك لوث: لانه اتفاقهم على شئ واحد من غير تواطؤ يدل على صدقهم.

(والثانى)

أنه ليس بلوث لانه لا حكم لخبرهم فلو أثبتنا بقولهم لوثا لجعلنا خبرهم حكما، وان قال المجروح قتلني فلان ثم مات لم يكن قوله لوثا، لانه دعوى ولا يعلم به صدقه فلا يجعل لوثا، فان شهد عدل على رجل بالقتل، فان كانت الدعوى في قتل يوجب المال حلف المدعى يمينا وقضى له بالدية، لان المال يثبت بالشاهد واليمين، وان كانت في قتل يوجب القصاص حلف خمسين يمينا ويجب القصاص في قوله القديم والدية في قوله الجديد.

(فصل)

وان شهد واحد أنه قتله فلان بالسيف وشهد آخر أنه قتله بالعصا لم يثبت القتل بشهادتهما، لانه لم تتفق شهادتهما على قتل واحد، وهل يكون ذلك لوثا يوجب القسامة في جانب المدعى، قال في موضع: يوجب القسامة، وقال في موضع: لا يوجب القسامة.

**واختلف أصحابنا** في ذلك فقال أبو إسحاق هو لوث يوجب القسامة قولا واحدا لانهما اتفقاء على اثبات القتل وانما اختلفا في صفته وجعل القول الآخر غلطا من الناقل.

وقال أبو الطيب بن سلمة وابن الوكيل ان ذلك ليس بلوث ولا يوجب القسامة قولا واحدا، لان كل واحد منهما يكذب الآخر فلا يغلب على الظن." (١)

-٣٩٢

(١) المجموع شرح المهذب ٢١٢/٢٠

"قال المصنف رحمه الله تعالى:

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لا تقبل شهادة الصبي لقوله تعالى (وأستشهدو اشهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وأمرأتان) والصبي ليس من الرجال، ولما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم (رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ. وعن النائم
حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق) ولانه إذا لم يؤتمن على حفظ أمواله فلان لا يؤتمن على حفظ حقوق غيره أولى.
ولا تقبل شهادة المجنون للخبر والمعنى الذى ذكرناه، ولا تقبل شهادة المغفل الذى يكثر منه الغلط لانه لا يؤمن أن يغلط في شهادته.
وتقبل الشهادة ممن يقل منه الغلط لان أحدا لا ينفك من الغلط.
**واختلف أصحابنا** في شهادة الاخرس، فمنهم من قال تقبل لان إشارته كعبارة الناطق في نكاحه وطلاقه فكذلك في الشهادة، ومنهم من قال لا تقبل لان إشارته أقيمت مقام العبارة في موضع الضرورة وهو في النكاح والطلاق لانها لا تستفاد إلا من جهته ولا ضرورة بنا إلى شهادته لانها تصح من غيره بالنطق فلا تجوز بإشارته.

(فصل)
ولا تقبل شهادة العبد لانها أمر لا يتبعض بنى على التفاضل فلم يكن للعهد فيه مدخل كالميراث والرحم، ولا تقبل شهادة الكافر لما روى معاذ رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا تجوز شهادة أهل دين على أهل دين آخر إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم، ولانه إذا لم تقبل شهادة من يشهد بالزور على الآدمى، فلان لا تقبل شهادة من شهد بالزور على الله تعالى أولى، ولا تقبل شهادة فاسق لقوله تعالى (إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين) فإن

ارتكب كبيرة كالغصب والسرقة والقذف وشرب الخمر فسق وردت شهادته، سواء فعل ذلك مرة أو تكرر منه والدليل عليه قوله عزوجل." (١)

-٣٩٣

"(والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون)

وروي إن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على أخيه، فورد النص في القذف والزنا وقسنا عليهما سائر الكبائر، ولان من ارتكب كبيرة ولم يبال شهد بالزور ولم يبال، وإن تجنب الكبائر وارتكب الصغائر فإن كان ذلك نادرا من أفعاله لم يفسق ولم ترد شهادته، وإن كان ذلك غالبا في أفعاله فسق وردت شهادته لانه لا يمكن رد شهادته بالقليل من الصغائر لانه لا يوجد من يمحض الطاعة ولا يخلطها بمعصية ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم (ما منا إلا من عصى أو هم بمعصية إلا يحي ابن زكريا (ولهذا قال الشاعر: من لك بالمحض وليس محض

* يخبث بعض ويطيب بعض ولا يمكن قبول الشهادة مع الكثير من الصغائر، لان منى استجاز الاكثار من الصغائر استجاز أن يشهد بالزور فعلقنا الحكم على الغالب من أفعاله، لان الحكم الغالب، والنادر لا حكم له ولهذا قال الله تعالى (فمن ثقلت موازينه فأولئك هم الفالحون ومن خفت موازينه فأولئك الذين خسروا أنفسهم في جهنم خالدون)

(فصل)

ولا تقبل شهادة من لا مروءة له كالقوال والرقاص ومن يأكل في الاسواق ويمشى مكشوف الرأس في موضع لا عادة له في كشف الرأس فيه لان المروءة هي الانسانية، وهى مشتقة من المرء، ومن ترك الانسانية لم يؤمن أن يشهد بالزور، ولان من لا يستحيي من الناس في ترك المروءة لم يبال بما يصنع، والدليل عليه ما روى أبو مسعود البدري رضي الله عنه إن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الاولى إذا لم تستحى فاصنع ما شئت) **واختلف أصحابنا** في أصحاب الصنائع الدنيئة إذا حسنت طريقتهم في الدين كالكناس والدباغ والزبال والنخال والحجام والقيم بالحمام، فمنهم من قال لا تقبل شهادتهم لدناءتهم ونقصان

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٢٦/٢٠

مروءتهم، ومنهم من قال تقبل شهادتهم لقوله تعالى
(إن أكرمكم عند الله أتقاكم) ولان هذه صناعات مباحة وبالناس إليها حاجة فلم ترد بها الشهادة.." [١]
-٣٩٤

"وإن كانت المعصية بالقول فإن كانت ردة فالتوبة منها أن يظهر الشهادتين، وإن كانت قذفا فقد قال الشافعي رحمه الله التوبة منه إكذابه نفسه.

**واختلف أصحابنا** فيه فقال أبو سعيد الاصطخرى رحمه الله: هو أن يقول كذبت فيما قلت ولا أعود إلى مثله.

ووجهه ما روى عن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (توبة القاذف إكذابه نفسه) وقال أبو إسحاق

وأبو علي بن أبي هريرة: هو أن يقول قذفي له كان باطلا، ولا يقول إني كنت كاذبا لجواز أن يكون صادقا فيصير بتكذيبه نفسه عاصيا كما كان بقذفه عاصيا، ولا تصح التوبة منه إلا بإصلاح العمل على ما ذكرناه في الزنا والسرقة.

وفأما إذا شهد عليه بالزنا ولم يتم العدد فإن قلنا إنه لا يجب عليه الحد فهو على عدالته ولا يحتاج إلى التوبة، وإن قلنا انه يجب عليه الحد وجبت التوبة، وهو أن يقول ندمت على ما فعلت ولا أعود إلى ما أتهم به، فإذا قال هذا عادت عدالته، ولا يشترط فيه إصلاح العمل، لان عمر رضى الله عنه قال لابي بكرة تب أقبل شهادتك، وان لم يتب لم تقبل شهادته ويقبل خبره لان أبا بكره ردت شهادته وقبلت أخباره، وان كانت معصية بشهادة زور فالتوبة منها أن يقول كذبت فيما قلت ولا أعود إلى مثله، ويشترط في صحة توبته إصلاح العمل على ما ذكرناه.

(فصل)

وان شهد صبى أو عبد أو كافر لم تقبل شهادته، فإن بلغ الصبى أو أعتق العبد أو أسلم الكافر وأعاد تلك الشهادة قبلت، وان شهد فاسق فردت شهادته ثم تاب وأعاد تلك الشهادة لم تقبل.

وقال المزني وأبو ثور رحمهما الله تقبل كما تقبل من الصبى إذا بلغ والعبد إذا أعتق والكافر إذا أسلم، وهذا

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٢٧/٢٠

خطأ لان هؤلاء لا عار عليهم في رد شهادتهم فلا يلحقهم تهمة في اعادة لشهادة بعد الكمال، والفاسق عليه عار في رد شهادته فلا يؤمن أن يظهر لتوبة لازالة العار فلا تنفك شهادته من التهمة، وان شهد المولى لمكاتبه بمال فردت شهادته ثم أدى المكاتب مال الكتابة وعتق وأعاد المولى الشهادة له بالمال فقد قال أبو العباس فيه وجهان.

(أحدهما)

أنه تقبل لان شهادته لم ترد بمعرة وانما ردت لانه ينسب لنفسه." (١)

-٣٩٥

"في الموضحة، وإن اختلف السيد والمكاتب في قدر المال أو صفته أو أدائه قضى فيه بالشاهد والمرأتين، لان الشهادة على المال.

وان أفضى إلى العتق الذى لا يثبت بشهادة الرجل والمرأتين كما تثبت الولادة بشهادة النساء، وإن أفضى إلى النسب الذى لا يثبت بشهادتهن.

(فصل)

وإن كان في يد رجل جارية لها ولد فادعى رجل أنها أم ولده وولدها منه وأقام على ذلك شاهدا وامرأتين فضى له بالجارية لانها مملوكة فقضى فيها بشاهد وامرأتين، وإذا مات عتقت بإقراره، وهل يثبت نسب الولد وحريته؟ فيه قولان

(أحدهما)

أنه لا يثبت لانه النسب والحرية لا تثبت بشاهد وامرأتين، فيكون الولد باقيا على ملك المدعى عليه.

والقول الثاني أنه يثبت لان الولد نماء الجارية وقد حكم له بالجارية فحكم له بالولد، فعلى هذا يحكم بنسب الولد وحريته، لانه أقر بذلك، وان ادعى رجل أن العبد الذى في يد فلان كان له وأنه أعتقه وشهد له شاهد وامرأتان فقد **اختلف أصحابنا** فيه، فمنهم من قال فيه قولان:

(أحدهما)

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٣٧/٢٠

أنه لا يحكم بهذه البينة لانها تشهد له بملك متقدم فلم يحكم بها، قالو ادعى على رجل عهدا وشهد له شاهد وامرأتان أنه كان له.

(والثانى)

أنه يحكم بها لانه ادعى ملكا متقدما وشهدت له البينة فيما ادعاء

ومن أصحابنا من قال يحكم بها قولا واحدا، والفرق بينه وبين المسألة قبلها أن هناك لا يدعى ملك الولد وهو يقر أنه حر الاصل فلم يحكم ببينته في أحد القولين وههنا ادعى ملك العبد وأنه أعتقه فحكم ببينته.

(فصل)

ويقبل فيما لا يطلع الرجال من الولادة والرضاع والعيوب التى تحت الثياب شهادة النساء منفردات لان الرجال لا يطلعون عليها في العادة فلو لم تقبل فيها شهادة النساء منفردات بطلت عند التجاحد ولا يثبت شئ من ذلك الا بعدد لانها شهادة فاعتبر فيها العدد ولا يقبل أقل من أربع نسوة لان أقل الشهادات رجلان وشهادة امرأتين بشهادة رجل، والدليل عليه قوله تعالى." (١)

-٣٩٦

"(فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) فأقام المرأتين مقام الرجل وروى عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب على ذى لب منكن، قالت امرأة يا رسول الله ما ناقصات العقل والدين؟ قال أما نقصان العقل فشهادة امرأتين كشهادة رجل فهذا نقصان العقل، وأما نقصان الدين فإن إحداكن تمكث الليالى لا تصلى وتفطر في شهر رمضان فهذا من نقصان الدين، فقبل فيها شهادة الرجلين وشهادة الرجل والمرأتين، لانه إذا أجيز شهادة النساء منفردات لتعذر الرجال، فلان تقبل شهادة الرجال.

والرجال والنساء أولى.

وتقبل ى ي الرضاع شهادة المرضعة لما روى عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت امرأة سوداء فقالت قد أرضعتكما، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك، فقال كيف وقد زعمت

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٠/٢٥٦

أنها أرضعتكما، فنهاه عنها، ولانها لا تجر بهذه الشهادة نفعا إلى نفسها ولا تدفع عنها ضررا.

ولا تقبل شهادة المرأة على ولادتها لانه تثبت لنفسها بذلك حقا وهو النفقة، وتقبل شهادة النساء منفردات على استهلال الولد وانه بقى متألما إلى أن مات.

وقال الربيع رحمه الله فيه قول آخر أنه لا يقبل الا شهادة رجلين، والصحيح هو الاولى لان الغالب أنه لا يحضرها الرجال

(فصل)

وما يثبت بالشاهد والمرأتين يثبت بالشاهد واليمين، لما روى عمرو بن دينار عن أبن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد، قال عمرو ذلك في الاموال **واختلف أصحابنا** في الوقف فقال أبو إسحاق وعامة أصحابنا يبنى على القولين فإن قلنا ان الملك للموقوف عليه قضى فيه بالشاهد واليمين لانه نقل ملك فقضى فيه بالشاهد واليمين كالبيع، وان قلنا انه ينتقل إلى الله عز وجل لم يقض فيه بالشاهد واليمين لانه ازالة ملك إلى غير الآدمى فلم يقض فيه بالشاهد واليمين كالعتق.

وقال أبو العباس رحمه الله: يقضى فيه بالشاهد واليمين على القولين جميعا لان القصد بالوقف تمليك المنفعة فقضى فيه بالشاهد واليمين كالاجارة." (١)

-٣٩٧

"لانه قد تكون اليد والتصرف عن ملك وقد تكون عن إجارة أو وكالة أو غصب فلا يجوز أن يشهد له بالملك مع الاحتمال.

**واختلف أصحابنا** في النكاح والعتق والوقف والولاء، فقال أبو سعيد الاصطخرى رحمه الله يجوز أن يشهد فيها بالاستفاضة لانه يعرف بالاستفاضة أن عائشة رضى الله عنها زوجة النبي صلى الله عليه وسلم وأن نافعا مولى ابن عمر رضى الله عنه، كما يعرف أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقال أبو إسحاق رحمه الله لا يجوز لانه عقد فلا يجوز أن يشهد فيه بالاستفاضة كالبيع

(فصل)

ويجوز أن يكون الاعمى شاهدا فيما يثبت بالاستفاضة لان طريق العلم به السماع والاعمى كالبصير في السماع، ويجوز أن يكون شاهدا في الترجمة لانه يفسر ما سمعه بحضرة الحاكم وسماعه كسماع البصير، ولا يجوز

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٥٧/٢٠

أن يكون شاهدا على الافعال كالقتل والغصب والزنا، لان طريق العلم بها البصر،
ولا يجوز أن يكون شاهدا على الاقوال كالبيع والاقرار والنكاح والطلاق إذا كان المشهود عليه خارجا عن يده.
وحكى عن المزني رحمه الله أنه قال: يجوز أن يكون شاهدا فيها إذا عرف الصوت.
ووجهه أنه إذا جاز أن يروى الحديث إذا عرف المحدث بالصوت، ويستمتع بالزوجة إذا عرفها بالصوت جاز أن يشهد إذا عرف المشهود عليه بالصوت، وهذا خطأ لان من شرط الشهادة العلم وبالصوت لا يحصل له العلم بالمتكلم لان الصوت يشبه الصوت، ويخالف رواية الحديث والاستمتاع بالزوجة لان ذلك يجوز بالظن وهو خبر الواحد.
وأما إذا جاء رجل وترك فمه على أذنه وطلق أو أعتق أو أقر ويد الاعمى على رأس الرجل فضبطه إلى أن حضر عند الحاكم فشهد عليه بما سمعه منه قبلت شهادته لانه شهد عن علم وان تحمل الشهادة على فعل أو قول وهو يبصر ثم عمى نظرت فإن كان لا يعرف المشهود عليه الا بالعين وهو خارج عن يده لم تقبل شهادته عليه لانه لا علم له بمن يشهد عليه، وان تحمل الشهادة ويده في يده وهو بصير ثم عمى ولم تفارق يده يده حتى حضر إلى الحاكم وشهد عليه قبلت." (١)
-٣٩٨
"الاستيفاء لان ذلك يوقع شبهة في الشهادة والحد والقصاص مما يسقطان بالشبهة فلم يجز استيفاؤه مع الشبهة.

(فصل)
وإن حكم بشهادة شاهد ثم بان أنه عبد أو كافر نقض الحكم لانه تيقن الخطا في حكمه فوجب نقضه كما لو حكم بالاجهاد ثم وجد النص بخلافه، وإن حكم بشهادة شاهد ثم قامت البينة أنه فاسق، فإن لم تسند الفسق إلى حال الحكم لم ينقض الحكم لجواز أن يكون الفسق حدث بعد الحكم فلم ينقض الحكم مع الاحتمال.
وإن قامت البينة أنه كان فاسقا عند الحكم فقد **اختلف أصحابنا** فيه، فقال أبو إسحاق رحمه الله ينقض

(١) المجموع شرح المهذب ٢٦٣/٢٠

الحكم قولا واحدا، لانه إذا نقص بشهادة العبد ولا نص في رد شهادته ولا اجماع، فلان ينقض بشهادة الفاسق وقد ثبت رد شهادته بالنص والاجماع أولى.

وقال أبو العباس رحمه الله فيه قولان، أحدهما أنه ينقض لما ذكرناه، والثانى أنه لا ينقض لانه فسقه ثبت بالبينة من جهة الظاهر فلا ينقض حكم نفذ في الظاهر، والصحيح هو الاول لان هذا يبطل به إذا حكم بالاجتهاد فيه ثم وجد النص بخلافه، فإن النص ثبت من جهة الظاهر، وهو خبر الواحد ثم ينقض به الحكم.

(فصل)

وإذا نقض الحكم نظرت فإن كان المحكوم به قطعا أو قتلا وجب على الحاكم ضمانه لانه لا يمكن إيجابه على الشهود لانهم يقولون شهدنا بالحق ولا يمكن إيجابه على المشهود له، لانه يقول استوفيت حقى فوجب على الحاكم الذى حكم بالاتلاف ولم يبحث عن الشهادة، وفى الموضع الذى يضمن قولان

(أحدهما)

في بيت المال

(والثانى)

على عاقلته وقد بيناه في الديات،

وان كان المحكوم به مالا فإن كان باقيا في يد المحكوم له وجب عليه رده، وان كان تالفا وجب عليه ضمانه لانه حصل في يده بغير حق ويخالف ضمان القطع والقتل حيث لم يوجب على المحكوم له، لان الجناية لا تضمن الا أن تكون محرمة وبحكم الحاكم خرج عن أن يكون محرما فوجب على الحاكم دونه." (١)

-٣٩٩

"فيه القطع قطع لانه غير متهم في إيجاب القطع، وفى المال قولان، **واختلف أصحابنا** في موضع القولين على ثلاثة طرق.

(أحدها) وهو قول أبي إسحاق أنه ان كان المال في يده ففيه قولان، أحدهما أنه يسلمه إليه لانه انتفت التهمة عنه في إيجاب القطع على نفسه، والثانى أنه لا يسلم لان يده كيد المولى فلم يقبل إقراره فيه، كما لو كان المال في يد المولى وإن كان المال تالفا لم يقبل إقراره ولا يتعلق برقبته قولا واحدا، لان للغرم محلا يثبت فيه وهو ذمته.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٨٣/٢٠

والطريق الثاني وهو قول القاضى أبى حامد المروروذى رحمه الله انه إن كان المال تالفا ففيه قولان، أحدهما يتعلق برقبته يباع فيه، والثانى أنه لا يتعلق برقبته وإن كان باقيا لم يقبل إقراره قولا واحدا لان يده كيد المولى فلم يقبل إقراره فيه، كما لو أقر بسرقة مال في يد المولى.

والطريق الثالث وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن القولين في الحالين سواء كان المال باقيا أو تالفا، لان العبد وما في يده في حكم ما في يد المولى، فإن قبل في أحدهما قبل في الآخر، وإن رد في أحدهما رد في الآخر، فلا معنى للفرق بينهما.

(فصل)

وان باع السيد عبده من نفسه فقد نص في الام أنه يجوز.

وقال الربيع رحمه الله فيه قول آخر أنه لا يجوز **واختلف أصحابنا** فيه فقال أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة يجوز قولا واحدا، وذهب القاضى أبو حامد المروروذى والشيخ أبو حامد الاسفرايني رحمهما الله إلى أنها على قولين

(أحدهما)

أنه يجوز لانه إذا جازت كتابته فلان يجوز بيعه وهو أثبت والعتق فيه أسرع أولى.

(والثانى)

أنه لا يجوز لانه لا يجوز بيعه بما في يده لانه للمولى ولا يجوز بمال في ذمته لان المولى لا يثبت له مال في ذمة عبده، فإذا قلنا انه يجوز وهو الصحيح فأقر المولى أنه باعه من نفسه وأنكر العبد عتق بإقراره وحلف العبد أنه لم يشتر نفسه ولا يجب عليه الثمن.." (١)

-٤٠٠

"لحقه، فإذا عتق فقد زال المانع فيؤاخذ به وكذا يصح إقراره الحدود والقصاص فيؤاخذ به الحال لانه نفسه في حق الحدود والقصاص كالخارج على ملك المولى، ولهذا لو أقر المولى عليه بالحدود والقصاص لا يصح، وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الاقرار.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٩١/٢٠

قالت الحنابلة في الروض المربع ويصح الاقرار من مكلف لا من صغير غير مأذون في تجارة فيصح في قدر ما أذن له فيه ومختار غير محجور عليه فلا يصح من سفيه إقرار بمال، ولا يصح الاقرار من مكره.

هذا محترز قوله مختار إلا أن يقر بغير ما أكره عليه، كان يكره على الاقرار بدرهم فيقر بدينار، ويصح من سكران ومن أخرس بإشارة معلومة، ولا يصح بشئ في يد غيره أو تحت ولاية غيره، كما لو أقر أجنبي على صغير أو وقف في ولاية غيره أو اختصاصه، وتقبل من مقر دعوى إكراه تقرينة كترسيم عليه، وتقدم بينة إكراه على طواعية، وان أكره على وزن مال فباع ملكه لذلك، أي لوزن ما أكره عليه صح البيع لانه لم يكره على البيع، ويصح اقرار صبى أنه بلغ باحتلام إذا بلغ عشرا ولا يقبل بسن الا ببينة كدعوى جنون

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل)

ويقبل اقرار المريض بالحد والقصاص لانه غير متهم، ويقبل اقراره بالمال لغير وارث لانه غير متهم في حقه، وان أقر لرجل بدين في الصحة وأقر لآخر بدين في المرض وضاق المال عنهما قسم بينهما على قدر الدينين لانهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال ولم يقدم أحدهما على الآخر، كما لو أقر لهما في ي حال الصحة.

**واختلف أصحابنا** في اقراره للوارث، فمنهم من قال فيه قولان، أحدهما أنه لا يقبل لانه اثبات مال للوارث بقوله من غير رضى الورثة فلم يصح من غير رضى سائر الورثة كالوصية.

والثانى أنه يقبل وهو الصحيح، لان من صح اقراره له في الصحة صح اقراره في المرض كالأجنبي." (١)

٤٠١-

"إطلاق الدراهم يقتضى سكة البلد كما يقتضى ذلك في البيع، وهذا خطأ لان البيع إيجاب في الحال فاعتبر الموضع الذى يجب فيه، والاقرار إخبار عن وجوب سابق وذلك يختلف فرجع إليه

(فصل)

وإن أقر بدرهم في وقت ثم أقر بدرهم في وقت آخر لزمه درهم واحد لانه إخبار فيجوز أن يكون ذلك خبرا عما أخبر به في لاول، ولهذا لو قال رأيت زيدا ثم قال رأيت زيدا لم يقتض أن يكون الثاني إخبارا عن رؤية ثانية، وإن قال له على درهم من ثمن ثوب ثم قال له على درهم من ثمن عبد لزمه درهمان لانه لا يحتمل أن يكون الثاني هو الاول.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٢٩٣/٢٠

وإن قال له على درهم ودرهم لزمه درهمان لان الواو تقتضي أن يكون المعطوف غير المعطوف عليه.

وان قال له على درهم ودرهمان لزمه ثلاثة دراهم لما ذكرناه.

وان قال له على درهم فدرهم لزمه درهم واحد، وان قال لامرأته أنت طالق فطالق وقعت طلقتان.

واختلف أصحابنا في ذلك، فقال أبو على بن خيران رحمه الله لا فرق بين المسئلتين فجلعهما على قولين، ومنهم من قال يلزمه في الاقرار درهم وفى الطلاق طلقتان، والفرق بينهما أن الطلاق لا يدخله التفصيل والدراهم يدخلها التفصيل فيجوز أن يزيد: له على درهم فدرهم خير منه.

وان قال له على درهم ودرهم ودرهم لزمه ثلاثة درهم.

وان قال أنت طالق وطالق وطالق ولم ينو شيئا ففيه قولان

(أحدهما)

أنه يقع طلقتان

(والثانى)

أنه يقع ثلاث طلقات، فنقل أبو على ابن خيران جوابه في لطلاق إلى الاقرار وجعلهما على قولين ومن أصحابنا من قال يقع طلقتان في احد القولين وفى الاقرار يلزمه ثلاثة دراهم قولا واحدا، لان الطلاق يدخله التأكيد فحمل التكرار على التأكيد، والاقرار لا يدخله النأكيد فحمل التكرار على العدد.

وان قال له على درهم فوق درهم أو درهم تحت درهم لزمه درهم واحد لانه يحتمل أن يكون فوق درهم أو تحت درهم في الجودة، ويحتمل فوق درهم أو تحت درهم لى فلم يلزمه زيادة مع الاحتمال.." (١)

٤٠٢-تهذيب الأسماء واللغات

"أصحابنا يذكرونه فى أول كتاب النكاح؛ لأن خصائصه - صلى الله عليه وسلم - فى النكاح أكثر من غيرها، وقد جمعتها فى الروضة مستقصا ولله الحمد، وهذا الكتاب لا يحتمل بسطها، فأشير فيه إلى مقاصدها مختصرة إن شاء الله تعالى. قال أصحابنا: خصائصه - صلى الله عليه وسلم - أربعة أضرب:

الأول: ما اختص به - صلى الله عليه وسلم - من الواجبات: قالوا: والحكمة فيه زيادة الزلفى والدرجات العلى، فلم يتقرب المتقربون إلى الله تعالى بمثل أداء ما افترض عليهم، كما صرح به الحديث الصحيح، ونقل إمام الحرمين عن بعض أصحابنا أن ثواب الفرض يزيد على ثواب النفل بسبعين درجة، واستأنسوا فيه بحديث،

---

(١) المجموع شرح المهذب ٣١٢/٢٠

فمن هذا الضرب صلاة الضحى، ومنه الأضحية، والوتر، والتهجد، والسواد، والمشاورة.
والصحيح عند أصحابنا أنها واجبات عليه، وقيل: سنن، والأصح عند أصحابنا أن الوتر غير التهجد، والصحيح أن التهجد نسخ وجوبه فى حقه – صلى الله عليه وسلم –، كما نسخ فى حق الأمة، وهذا هو المنصوص للشافعى، رحمه الله. قال تعالى: {ومن الليل فتهجد به نافلة لك} [الإسراء: ٧٩] ، وفى صحيح مسلم عن عائشة ما يدل عليه.
ومنه وجوب مصابرته العدو، وإن كثروا وزادوا على الضعف. ومنه قضاء دين من مات وعليه دين، لم يخلف وفاء، وقيل: كان يقضيه تكرما لا وجوبا، والأصح عند أصحابنا أنه كان واجبا. وقيل: يجب عليه – صلى الله عليه وسلم – إذا رأى شيئا يعجبه أن يقول: لبيك إن العيش عيش الآخرة، ومن هذا الضرب فى النكاح أنه أوجب عليه تخيير نسائه بين مفارقته واختياره.
وقال بعض أصحابنا: كان هذا التخيير مستحبا، والصحيح وجوبه، فلما خيرهن اخترنه والدار الآخرة، فحرم عليه التزوج عليهن والتبدل بهن مكافأة لهن على حسن صنيعهن، قال الله تعالى: {لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج} [الأحزاب: ٥٢] ، ثم نسخ لتكون المنة لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – بترك التزوج عليهن، فقال تعالى: {إنا أحللنا لك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن} [الأحزاب: ٥٠] الآية.
**واختلف أصحابنا** هل حرم طلاقهن بعد الاختيار؟ فالأصح أنه لم يحرم وإنما حرم التبدل، وهو غير مجرد الطلاق.." (١)

٤٠٣-تهذيب الأسماء واللغات

"الضرب الثانى: ما اختص به من المحرمات عليه: ليكون الأجر فى اجتنابه أكثر، وهو قسمان:
أحدهما: فى غير النكاح: فمنه الشعر، والخط، ومنه الزكاة، وفى صدقة التطوع قولان للشافعى، أصحهما أنها كانت محرمة عليه، وأما الأكل متكئا، وأكل الثوم والبصل والكرات، فكانت مكروهة له غير محرمة فى الأصح.
وقال بعض أصحابنا: محرمات، وكان يحرم عليه إذا لبس لامته أن ينزعها حتى يلقى العدو ويقاتل، وقيل: كان مكروها، والصحيح عند أصحابنا تحريمه.
وقال بعض أصحابنا تفريعا على هذا: إنه كان إذا شرع فى تطوع لزمه إتمامه، وهذا ضعيف، وكان يحرم عليه مد العين إلى ما متع به الناس من زهرة الدنيا، وحرم عليه خائنة الأعين، وهى الإيماء برأس أو يد أو غيرهما

(١) تهذيب الأسماء واللغات ٣٨/١

إلى مباح من قتل أو ضرب أو نحوها، على خلاف ما يظهر ويشعر به الحال، وكان لا يصلى أولا على من مات وعليه دين ولا وفاء له، ويأذن لأصحابه فى الصلاة عليه. **واختلف أصحابنا** هل كان يحرم عليه الصلاة أم لا؟ ثم نسخ ذلك، وكان يصلى عليه، ويوفى دينه من عنده.

القسم الثانى: فى النكاح: فمنه إمساك من كرهت نكاحه، والصحيح عند أصحابنا تحريمه. وقال بعضهم: كان لا يفارقها تكرما. ومنه نكاح الكتابية، والأصح عند أصحابنا أنه كان محرما عليه، وبه قال ابن سريج، وأبو سعيد الأصطخرى، والقاضى أبو حامد المرروذى.

وقال أبو إسحاق المروزى: ليس بحرام، ويجرى الوجهان فى التسرى بالأمة الكتابية ونكاح الأمة المسلمة، لكن الأصح فى التسرى بالكتابية الحل، وفى نكاح الأمة المسلمة التحريم، وأما الأمة الكتابية، فقطع الجمهور بأن نكاحها كان محرما عليه، وطرد الحناطى الوجهين، وفرع الأصحاب هنا تفريعات لا أراها لاثقة بهذا الكتاب.

الضرب الثالث: التخفيفات والمباحات: وما أبيح له – صلى الله عليه وسلم – دون غيره نوعان:

أحدهما: لا يتعلق بالنكاح: فمنه الوصال فى الصوم، واصطفاء ما يختاره من الغنيمة قبل القسمة من جارية وغيرها، ويقال لذلك المختار: الصفى والصفية، وجمعها." (١)

٤٠٤–تهذيب الأسماء واللغات

"المهذب.

ومنه تفضيل نسائه – صلى الله عليه وسلم – على سائر النساء، وجعل ثوابهن وعقابهن ضعفين، وتحريم سؤالهن إلا من وراء حجاب، ويجوز فى غيرهن مشافهة. وأفضل أزواجه خديجة وعائشة. قال أبو سعد المتولى: **واختلف أصحابنا** أيتهما أفضل. ومنه فى غير النكاح أنه – صلى الله عليه وسلم – خاتم النبيين وخير الخلائق أجمعين، وأمته أفضل الأمم، وأصحابه خير القرون، وأمته معصومة من الاجتماع على ضلالة، وشريعته مؤبدة وناسخة لجميع الشرائع، وكتابه معجزة محفوظ عن التحريف والتبديل، وهو حجة على الناس بعد وفاته، ومعجزات سائر الأنبياء انقرضت، ونصر بالرعب مسيرة شهر، وجعلت له الأرض مسجدا وطهورا، وأحلت له الغنائم، وأعطى الشفاعة والمقام المحمود، وأرسل إلى الناس كافة، وهو سيد ولد آدم، وأول من تنشق عنه الأرض، وأول شافع، وأول مشفع، وأول من يقرع باب الجنة.

وهو أكثر الأنبياء تبعا، وأعطى جوامع الكلم، وصفوف أمته فى الصلاة كصفوف الملائكة، وكان لا ينام قلبه،

---

(١) تهذيب الأسماء واللغات ٣٩/١

ويرى من وراء ظهره كما يرى من قدامه، ولا يحل لأحد أن يرفع صوته فوق صوته، ولا أن يناديه من وراء الحجرات، ولا أن يناديه باسمه فيقول: يا محمد، بل يقول: يا نبي الله، يا رسول الله، ويخاطبه المصلى بقوله: السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته، ولو خاطب آدميا غيره بطلت صلاته، ويلزم المصلى إذا دعاه أن يجيبه وهو فى الصلاة، ولا تبطل صلاته، وكان بوله ودمه يتبرك بهما، وكان شعره طاهرا، وإن حكمنا بنجاسة شعر الأمة، **واختلف أصحابنا** فى طهارة دمه وبوله وسائر الفضلات، وكانت الهدية حلالا له بخلاف غيره من ولاة الأمور، فلا تحل له هدية رعاياهم على تفصيل مشهور، ولا يجوز الجنون على الأنبياء، ويجوز عليهم الإغماء؛ لأنه مرض بخلاف الجنون، واختلفوا فى جواز الاحتلام، والأشهر امتناعه.

وفاته – صلى الله عليه وسلم – ركعتان بعد الظهر فقضاهما بعد العصر، وواظب عليهما بعد العصر، وفى اختصاصه بهذه الملازمة والمداومة وجهان لأصحابنا أصحهما وأشهرهما الاختصاص. وقال – صلى الله عليه وسلم –: "لا تسموا باسمى ولا تكنوا بكنيتى" (١) ، وفى جواز التكنى بأبى القاسم خلاف

---

(١) أخرجه ابن سعد (١/١٠٧) .." (١)

٤٠٥-تهذيب الأسماء واللغات

"ما يسهل له، واصل ينبغي من قولهم بغيت الشيء أبغيه، أي طلبته، فانبغى لي أي حصل وتسهل، كما تقول كسرته فانكسر. ومن المواضع التي استعمل الشافعي "انبغى" فيها باب عدة المطلقة يملك زوجها رجعتها، وباب القافة. وأما قولهم في كتاب البغي والباغي: فالباغي في اصطلاح الفقهاء هو المخالف للإمام الخارج عن طاعته بالامتناع من أداء ماعليه أو غيره، وله شروط معروفة في كتب المذهب سمي باغيا لأنه السهو والبغي الظلم. وقيل: لمجاوزته الحد المشروع، وقيل لطلبه الاستعلاء على الإمام، من قولهم: بغيت كذا أي طلبته، ومنه قوله تعالى: {قال ذلك ما كنا نبغ فارتدا على آثارهما قصصا} (الكهف:٦٤) . واتفق أصحابنا على البغاة إذا وجدت شروط تسميتهم أنهم بغاة ليسوا فساقا لكنهم مخطئون في شبهتهم وتأويلهم، **واختلف أصحابنا** في أنهم عصاة أم لا مع اتفاقهم على أنهم ليسوا فسقة، ومن قال يعصون قال ليست كل معصية فسقا، والبغي في اللغة التعدي والاستطالة.

بقق: البق معروف، الواحدة بقة، قال الزجاج: البقاق كثير الكلام.

---

(١) تهذيب الأسماء واللغات ٤٢/١

بقل: البقل معروف، قال الزجاج: بقل وجه الغلام، وأبقل: أي خرجت لحيته.
بكر: قال في ‘‘مشارق الأنوار’’: البكرة التي يستقى بها بإسكان الكاف وفتحها لغتان، قال الزجاج في كتاب ‘‘فعلت وأفعلت’’: بكر الرجل في حاجته يبكر بكورا وأبكر إبكارا. وقال غيره: بكر أيضا مشددة.
بلط: البلوط الذي يؤكل مذكور في ‘‘الروضة’’ في الربا، وهو معروف وهو بفتح الباء، والبلاط بفتح الباء الحجارة المفروشة في الدار وغيرها، ولا خلاف في فتح الباء، وممن نص عليه الجوهري.
بلع: قال أهل اللغة: بلعت الشيء بكسر اللام أبلعه بفتحها بلعا بإسكانها، وأبلعته غيري، قال الجوهري: والبالوعة ثقب في وسط الدار، وكذلك البلوعة.
بلل: قال الزجاج في كتاب ‘‘فعلت وأفعلت’’: يقال بل المريض من مرضه يبل بلولا وأبل إبلالا واستبل استبلالا.
بلى: قال الجوهري: البلوة والبلية بكسر الباء فيهما، والبلية بفتحها وتشديد الياء، والبلوى والبلاء واحدة، والجمع البلايا وبلاه الله تعالى بلاء وأبلاه إبلاء حسنا، وابتلاه اختبره، والتبالي الاختبار، ويكون البلاء الذي هو الاختبار في الخير والشر." (١)

٤٠٦-تهذيب الأسماء واللغات

"قال الجوهري: ومنه قول عائشة رضي الله تعالى عنها: "ليتني كنت حيضة ملقاة" قال: وكذلك المحيضة، وجمعها محائض، هذا ما يتعلق بتصريف الكلمة.
وأما أصلها فقال الإمام أبو منصور الأزهري في كتابه شرح ألفاظ مختصر المزني رحمهما الله تعالى: الحيض دم يرخيه رحم المرأة بعد بلوغها في أوقات معتادة، وأصله من حاض السيل وفاض إذا سال يسمى حيضا لسيلان الدم في الأوقات المعتادة. قال: والاستحاضة أن يسيل الدم فى غير أوقاته المعتادة. قال: ودم الحيض يخرج من قعر الرحم، ويكون أسود محتدما أي: حارا كأنه محترق، وأما دم الاستحاضة فيسيل من العاذل، وهو عرق فمه الذي يسيل منه في أدنى الرحم دون قعره. قال: وذكر ذلك عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما هذا كلام الأزهري، وقوله: العادل هو بالعين المهملة وكسر الدال المعجمة وباللام.
وقال الهروي: قال ابن عرفة: الحيض والمحيض اجتماع الدم إلى ذلك المكان، وبه سمي الحوض لاجتماع الماء فيه. ثم ذكر: أن الحيض هو سيلان الدم في أوقاته المعتادة.

---

(١) تهذيب الأسماء واللغات ٣١/٣

فقد اتفق الهروي وشيخه الأزهري: على أن الاستحاضة عبارة عن جريان الدم فى غير أوقاته. وقد **اختلف أصحابنا** في حقيقة الاستحاضة، فذهب جماعة إلى أن الاستحاضة لا تكون إلا دما متصلا بالحيض، ليس بحيض أن ترى الدم في زمن الحيض، ويجاوز خمسة عشر يوما متصلا، فأما إذا رأت الدم قبل تسع سنين، أو رأت بعد تسع متصل بالحيض، فإن رأت دون أقل الحيض فليس هذا باستحاضة بل يسمى دم فساد.

وذهب جماعة من أصحابنا إلى أن الجميع يسمى استحاضة، فممن قال بالأول صاحب الحاوي، فقال قال الشافعي رضي الله عنه: لو رأت الدم قبل استكمال تسع سنين فهو دم فساد، لا يقال له يحض ولا استحاضة؛ لأن الاستحاضة لا تكون على أثر حيض. ثم قال بعد هذا بأسطر: النساء أضرب: طاهر وحائض ومستحاضة وذات فساد، فالطاهر ذات النقاء، والحائض من ترى الدم في أوانه، والمستحاضة من ترى الدم على أثر الحيض على صفة لا يكون حيضا، وذات الفساد من يبتدىء بها دم لا يكون حيضا. هذا آخر كلام صاحب الحاوي.

وقد أشار كثير من أصحابنا أو أكثرهم إلى معنى ما قال، وهو أن الاستحاضة الدم المتصل بدم الحيض، فإن لم يتصل فدم فساد. وصرح أبو عبد الله الزبيري في كتابه الكافي والقاضي حسين وصاحبه صاحب." (١)

٤٠٧-تهذيب الأسماء واللغات

"وهو أجل من أن ينكر هذا، ولعله أراد الإنكار على من يقول أصله الإسكان، وأما الإسكان على سبيل التخفيف، فلا يمنعه أحد، ومع هذا فعبارته مشكلة.

وأما معناه فقال الخطابي: الخبث جمع خبيث، والمراد: ذكور الشياطين، والخبائث جمع خبيثة، والمراد: أناث الشياطين. وقال غيره: الخبث بالإسكان الشر، وقيل: الكفر، وقيل: الشيطان والخبائث المعاصي. قال أهل اللغة: أصل الخبث في كلام العرب المذموم، والمكروه، والقبيح من قول أو فعل أو مال أو طعام أو شراب أو شخص أو حال. وقال أبو عمر المزاهد: قال ابن الأعرابي: الخبث في كلام العرب المكروه، فإن كان من الكلام فهو الشتم، وإن كان من الملل فهو الكفر، وإن كان من الطعام فهو الحرام، وإن كان من الشراب فهو الضار.

خبر: وأما المخابرة، فقال أبو عبيد، والأكثرون من أهل اللغة، والفقهاء: هي مأخوذة من الخبير، وهو: الأكار بتشديد الكاف وهو الفلاح الحراث. وقال آخرون: من الخبار، وهي: الأرض اللينة، والمزارعة قريب من المخابرة، وقيل: من الخبر بضم الخاء، وهو: النصيب.

---

(١) تهذيب الأسماء واللغات ٧٧/٣

قال الجوهري: قال أبو عبيد: هو النصيب من سمك أو لحم. قال: ويقال: تخبروا خبرة إذا اشتروا شاة فذبحوها واقتسموا لحمها. وقال ابن الأعرابي: هي مشتقة من خيبر؛ لأن أول هذه المعاملة كان فيها من النبي – صلى الله عليه وسلم –، واختلف أصحابنا فيهما هل هما بمعنى أم لا، فقال بعضهم: هما بمعنى واحد، وادعى صاحب البيان: أن هذا قول أكثر أصحابنا، وليس كما قاله، بل الصحيح الذي ذهب إليه جمهورهم، ونص عليه الشافعي رضي الله عنه، ونقله صاحب الشامل، والمحققون عن الجمهور: أنهما مختلفان، والمخابرة: هي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها، ويكون البذر من العامل، والمزارعة مثلها، إلا أن البذر من مالك الأرض.

قال الرافعي: وقد يقال: المخابرة اكتراء الأرض ببعض ما يخرج منها، والمزارعة اكتراء العامل ليزرع الأرض ببعض ما يخرج منها، ولا يختلف المعنى بهذا الاختلاف.

وأعلم أن المشهور من مذهبنا إبطال المخابرة، والمزارعة جميعا، وهو نص الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم، وذهب جماعة من محققي أصحابنا إلى صحتهما، وهو قول ابن سريج وابن خزيمة، واختاره أيضا الخطابي، وقد أوضحته في الروضة، ولله الحمد. وممن قال من أهل اللغة: أن المخابرة والمزارعة بمعنى واحد صاحب." (١)

٤٠٨-تهذيب الأسماء واللغات

"فريقين منهم من يقول، ومنهم من يمتنع، ويستخرج فارقا بين الصورتين يستند إليه افتراق النصين، هذا كلام الرافعي. وقد اختلف أصحابنا في القول المخرج هل ينسب إلى الشافعي رضي الله تعالى عنه؟ فمنهم من قال: ينسب، والصحيح الذي قاله المحققون: لا ينسب؛ لأنه لم يقله، ولعله لو روجع ذكر فارقا ظاهرا، قوله في المهذب في باب الكفن، ويجعل الحنوط على خراج نافذ، إذا كان الخراج بضم الخاء المعجمة وتخفيف الراء، وهو القرحة في الجسد.

خرع: قولهم: اخترع الدليل أو الحكم، وما أشبهه. فمعناه ارتجله وابتكره، ولم يسبق إليه. قال الأزهري: اخترعه أي: اخترقه. قال: والخرع الشق، يقال: خرعته فانخرع أي: شققته فانشق، وانخرعت القناة إذا انشقت. قال صاحب المحكم: اخترع الشيء ارتجله، والاسم الخرعة.

خسف: يقال: خسف القمر، وخسفت الشمس، وكسف وكسفت، وانخسف وانخسفت، وانكسف وانكسفت، وخسفا وكسفا، كلها لغات صحيحة، وصحت وثبتت كلها في صحيح البخاري، ومسلم من

---

(١) تهذيب الأسماء واللغات ٨٧/٣

لفظ النبي – صلى الله عليه وسلم –. قال الأزهري في باب العين والخاء والشين: قال أبو زيد: يقال: خسفت الشمس وكسفت وخسفت بمعنى واحد.

خشع: قال الإمام الأزهري: التخشع لله تعالى الإخبات والتذلل. وقال الليث: خشع الرجل يخشع خوشعا، إذا رمى ببصره إلى الأرض، والخشوع قريب من الخضوع، إلا أن الخضوع في البدن، وهو الإقرار بالأستخذاء، والخشوع في البدن والصوت والبصر، هذا كلام الأزهري.

وقال صاحب المحكم: خشع واختشع وتخشع رمى ببصره نحو الأرض، وخفض صوته، وقوم خشع متخشعون. وقال الواحدي: الخشوع في اللغة السكون، قال: وعلى هذا يدور كلام المفسرين في تفسير الخشوع في الصلاة. قال الأزهري: هو سكون المرء في صلاته. وقال السدي: خاشعون متواضعون. وقال مجاهد: ساكنون. وقال عمرو بن دينار: هو السكوت وحسن الهيئة.

خصر: قولهم في التنبيه: هذا كتاب مختصر، اختلفت عبارات العلماء في معنى المختصر. فقال الشيخ أبو حامد الإسفرايني شيخ أصحاب العراقيين في تعليقه حقيقة الاختصار: ضم بعض الشيء إلى بعض، قال: ومعناه عند الفقهاء رد الكثير إلى القليل، وفي القليل معنى الكثير، قال: وقيل: هو إيجاز اللفظ مع." (١)

٤٠٩-تهذيب الأسماء واللغات

"أذرع، ووجوهها منقوشة بالفسيفساء، وعلى الباب روشن ساج منقوش مزخرف بالزخرف، والذهب طول الروشن سبعة وعشرون ذراعا، وعرضه ثلاثة أذرع ونصف، ومن الروشن إلى الأرض سبعة عشر ذراعا، وما بين مصراعي الباب أربع وعشرون ذراعا، وفي عتبة الباب أربع مراقي داخلة ينزل بها في المسجد الحرام.

ثم ذكر باقي الأبواب مفصلة، قال: وذرع جدار المسجد الذي يلي باب المسعى، وهو الشرقي ثمانية عشر ذراعا في السماء، وطول الجدار الذي يلي الوادي وهو الشق اليماني في السماء اثنان وعشرون ذراعا، وطول الجدار الذي يلي باب بني جمح وهو الغربي اثنان وعشرون ذراعا ونصف، وطول الجدار الذي يلي دار الندوة وهو الشامي تسعة عشر ذراعا ونصف، وعدد شرافات المسجد الحرام مائتا شرافة واثنتان وسبعون شرافة ونصف شرافة، وعدد قناديله أربعمائة وخمسة وخمسون قنديلا، وذرع ما بين الصفا والمروة سبعمائة ذراع، وستة وستون ذراعا ونصف ذراع.

وأعلم: أن المسجد الحرام ويراد به الكعبة فقط، وقد يراد به المسجد حولها معها، وقد يراد به مكة كلها مع

---

(١) تهذيب الأسماء واللغات ٩٠/٣

الحرم حولها بكماله. وقد جاءت نصوص الشرع بهذه الأقسام الأربعة: فمن الأول قول الله تعالى: {فول وجهك شطر المسجد الحرام} (البقرة: من الآية١٤٤) ، ومن الثاني قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: "صلاة في مسجدي هذا خير من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام"، ومن الثالث: قوله – صلى الله عليه وسلم –: "لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد المسجد الحرام إلى آخره" ومن الرابع: قوله تعالى: {إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا} (التوبة: من الآية٢٨) وأما قوله تعالى: {ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام} (البقرة: من الآية١٩٦) فقال العلماء من أصحابنا وغيرهم: حاضروه من كان منه لا تقصر فيها الصلاة.

ثم **اختلف أصحابنا** في أن هذه المسافة هل تعتبر من نفس مكة أو من طرف الحرم؟ والأصح من طرف الحرم، فتحصل من هذا خلاف في المراد بالمسجد الحرام هل هو كل الحرم وهو الأصح، أم مكة وحدها. وأما قوله تعالى: {والمسجد الحرام الذي جعلناه للناس سواء} (الحج: من الآية٢٥) فحمله الشافعي رضي الله تعالى عنه وأصحابه ومن وافقهم على المسجد الحرام الذي حول الكعبة مع الكعبة، فقالوا: هذا يستوي فيه الناس، ولا يجوز بيعه ولا إجارته، وأما ما سواه من دور مكة وسائر بقاع الحرم." (١)

٤١٠–روضة الطالبين وعمدة المفتين

"نص الشافعي – رحمه الله –: أنه لا يحصل، وبه قطع أبو علي الطبري، وصاحب (الشامل) وقطع إمام الحرمين بالحصول، ولا يفتقر الدباغ إلى فعل. فلو ألقت الريح الجلد في مدبغة، فاندبغ، طهر، ويجوز استعمال جلد الميتة قبل الدباغ في اليابسات، لكن يكره، ويجوز هبته، كما تجوز الوصية. وإذا قلنا: لا يجوز بيعه بعد الدباغ، ففي إجارته وجهان. الصحيح: المنع. والله أعلم.

القسم الثاني: الشعر والعظم ؛ أما الشعر، والصوف، والوبر، والريش، فينجس بالموت على الأظهر، وكذا العظم على المذهب، وقيل: كالشعر. فإن نجسنا الشعر، ففي شعر الآدمي قولان. أو وجهان. بناء على نجاسته بالموت. والأصح أنه لا ينجس شعره بالموت، ولا بالإبانة. فإن نجسنا، عفي عن شعرة وشعرتين. فإن كثر، لم يعف.

قلت: قال أصحابنا: يعفى عن اليسير من الشعر النجس في الماء، والثوب الذي يصلى فيه، وضبط اليسير: العرف. وقال إمام الحرمين: لعل القليل ما يغلب انتتافه مع اعتدال الحال. **واختلف أصحابنا** في هذا العفو،

---

(١) تهذيب الأسماء واللغات ١٥٢/٤

هل يختص بشعر الآدمي، أم يعم الجميع؟ والأصح: التعميم. والله أعلم.
وإذا نجسنا شعر الآدمي، فالصحيح: طهارة شعر رسول الله – صلى الله عليه وسلم –. وإذا نجسنا شعر غير الآدمي، فدبغ الجلد وعليه شعر، لم يطهر الشعر على الأظهر، وإذا لم تنجس الشعور، ففي شعر الكلب والخنزير وفرعهما وجهان. الصحيح: النجاسة. سواء انفصل في حياته أو بعد موته. وأما الإناء من العظم، فإن كان طاهرا،." (١)

٤١١-روضة الطالبين وعمدة المفتين

"مكبر، ويبتدئ بالتكبير جالسا، ويمده إلى أن يقوم.
والثالث: يرفع مكبرا، وإذا جلس قطعه وقام بلا تكبير، ولا يجمع بين تكبيرتين، بلا خلاف، والسنة في هذه الجلسة: الافتراش، وسواء قام من الجلسة أو من السجدة يسن أن يقوم معتمدا بيديه من الأرض.
قلت: **اختلف أصحابنا** في جلسة الاستراحة على وجهين:
الصحيح: أنها جلسة مستقلة يفصل بين الركعتين كالتشهد.
والثاني: أنها من الركعة الثانية. قال القاضي أبو الطيب، وغيره: يكره أن يقدم إحدى رجليه حال القيام ويعتمد عليها. والله أعلم.

فصل
في التشهد والجلوس له.
هما ضربان.
أحدهما: أن يقعا في آخر الصلاة، وهما فرضان.
والثاني: في أثنائها، وهما سنتان، ثم لا يتعين للقعود هيئة للإجزاء، بل كيف قعد أجزأه. لكن السنة في قعود آخر الصلاة التورك، وفي أثنائها الافتراش.
والافتراش: أن يضع رجله اليسرى بحيث يلي ظهرها الأرض، ويجلس عليها، وينصب اليمنى، ويضع أطراف أصابعها على الأرض متوجهة إلى القبلة.
والتورك: أن يخرج رجليه وهما على هيئة الافتراش من جهة يمينه، ويمكن وركه من الأرض، وإذا جلس المسبوق

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين ٤٣/١

في آخر صلاة الإمام، فثلاثة أوجه:

الصحيح المنصوص الذي قطع به الجماهير: يفترش.

والثاني: يتورك، والثالث: إن كان جلوسه محل تشهد للمسبوق، افترش، وإلا تورك؛ لأن جلوسه بمجرد المتابعة، فيتابع في الهيئة.

وإذا جلس من عليه سجود سهو في آخر صلاته، افترش على الصحيح، وتورك على." (١)

٤١٢-روضة الطالبين وعمدة المفتين

"قلت: ومن أصحابنا من يقول: السنة، والمستحب، والمندوب، والتطوع، والنفل والمرغب فيه، والحسن، كلها بمعنى واحد. وهو ما رجح الشرع فعله على تركه، وجاز تركه. والله أعلم.

**واختلف أصحابنا** في الرواتب ما هي؟ فقيل: هي النوافل الموقتة بوقت مخصوص، وعد منها التراويح، وصلاة العيدين، والضحى. وقيل: هي السنن التابعة للفرائض.

واعلم أن ما سوى فرائض الصلاة، قسمان. ما يسن له الجماعة كالعيدين، والكسوفين، والاستسقاء. ولها أبواب معروفة، وما لا يسن فيه الجماعة، وهي رواتب مع الفرائض وغيرها، فأما الرواتب، فالوتر وغيره، وأما غير الوتر، فاختلف الأصحاب في عددها، فقال الأكثرون: عشر ركعات، ركعتان قبل الصبح، وركعتان قبل الظهر، وركعتان بعدها، وركعتان بعد المغرب، وركعتان بعد العشاء. ومنهم من نقص ركعتي العشاء. نص عليه في (البويطي) وبه قال الخضري. ومنهم من زاد على العشر ركعتين أخريين قبل الظهر. ومنهم من زاد على هذا أربعا قبل العصر. ومنهم من زاد على هذا أخريين بعد الظهر. فهذه خمسة أوجه لأصحابنا، وليس خلافهم في أصل الاستحباب، بل إن المؤكد من الرواتب ماذا؟ مع أن الاستحباب يشمل الجميع. ولهذا قال صاحب (المهذب) وجماعة: أدنى الكمال: عشر ركعات، وهو الوجه الأول. وأتم الكمال: ثماني عشرة ركعة، وهو الوجه الخامس. وفي استحباب ركعتين قبل المغرب وجهان.

وبالاستحباب قال أبو إسحاق الطوسي، وأبو زكريا السكري.

قلت: الصحيح، استحبابهما، ففي مواضع من (صحيح البخاري) عن

---

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين ٢٦١/١

[عبد الله] بن مغفل – رضي الله عنه – عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (صلوا قبل صلاة المغرب) قال في الثالثة: لمن شاء. والله أعلم.." (١)

٤١٣–روضة الطالبين وعمدة المفتين

"بعد الرفع لما فيه من تطويل الركن القصير. أما إذا اتفقت الصلاتان في الأفعال الظاهرة فينظر إن اتفق عددهما كالظهر خلف العصر أو العشاء جاز الاقتداء. وإن كان عدد ركعات الإمام أقل كالظهر خلف الصبح جاز. وإذا تمت صلاة الإمام، قام المأموم وأتم صلاة نفسه كالمسبوق. ويتابع الإمام في القنوت. ولو أراد مفارقته عند اشتغاله بالقنوت جاز. وإذا اقتدى في الظهر بالمغرب، وانتهى الإمام إلى الجلوس الأخير، تخير المأموم في المتابعة والمفارقة كالقنوت. وإن كان عدد ركعات المأموم أقل كالصبح خلف الظهر، فالمذهب جوازه وقيل: قولان، أظهرهما: جوازه. والثاني: بطلانه. فإذا صححنا، وقام الإمام إلى الثالثة، تخير المأموم، إن شاء فارقه وسلم، وإن شاء انتظره ليسلم معه.

قلت: انتظاره أفضل. والله أعلم.

وإن أمكنه أن يقنت في الثانية، بأن وقف الإمام يسيرا، قنت. وإلا فلا شيء عليه. وله أن يخرج عن متابعته ليقنت. ولو صلى المغرب خلف الظهر، فإذا قام الإمام إلى الرابعة، لم يتابعه بل يفارقه، ويتشهد ويسلم. وهل له أن يترك التشهد وينتظره؟ وجهان. أحدهما: له ذلك كما قلنا في المقتدي بالصبح خلف الظهر. والثاني: وهو المذهب عند إمام الحرمين، ليس له ذلك، لأنه يحدث تشهدا لم يفعله الإمام. ولو صلى العشاء خلف التراويح، جاز. فإذا سلم الإمام قام إلى باقي صلاته، والأولى أن يتمها منفردا. فلو قام الإمام إلى ركعتين أخريين من التراويح، فنوى الاقتداء به ثانيا، ففي جوازه القولان، فيمن أحرم منفردا ثم اقتدى في أثنائهما. **واختلف أصحابنا** في المقتدي بمن يصلي العيد أو الاستسقاء، هل هو كمن يصلي الصبح؟ أم كمن يصلي الجنازة والكسوف؟ قلت: الصحيح: أنه كالصبح، وبه قطع صاحب (التتمة) . وإذا كبر الإمام التكبيرات الزائدة، لا يتابعه المأموم، فإن تابعه لم يضره، لأن الأذكار لا تضر.." (٢)

٤١٤–روضة الطالبين وعمدة المفتين

---

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين ٣٢٧/١

(٢) روضة الطالبين وعمدة المفتين ٣٦٨/١

"الشرط الثالث: أن لا يسبق الجمعة، ولا يقارنها أخرى. قال الشافعي – رحمه الله –: ولا يجمع في مصر – وإن عظم، وكثرت مساجده – إلا في موضع واحد. وأما بغداد، فقد دخلها الشافعي – رحمه الله – وهم يقيمون الجمعة في موضعين. وقيل: في ثلاثة، فلم ينكر عليهم. **واختلف أصحابنا** في أمرها على أوجه. أصحها: أنه إنما جازت الزيادة فيها على جمعة، لأنها بلدة كبيرة يشق اجتماعهم في موضع واحد، فعلى هذا تجوز الزيادة على الجمعة الواحدة في جميع البلاد، إذا كثر الناس وعسر اجتماعهم، وبهذا قال أبو العباس، وأبو إسحاق، وهو الذي اختاره أكثر أصحابنا تصريحا وتعريضا. وممن رجحه: القاضي ابن كج، والحناطي – بالحاء المهملة المفتوحة، وتشديد النون – والقاضي الروياني، والغزالي. والثاني: إنما جازت الزيادة فيها، لأن نهرها يحول بين جانبيها فيجعلها كبلدتين. قاله أبو الطيب ابن سلمة. وعلى هذا لا يقام في كل جانب إلا جمعة. فكل بلد حال بين جانبيه نهر يحوج إلى السباحة، فهو كبغداد. واعترض عليه، بأنه لو كان الجانبان كبلدين، لقصر من عبر من أحدهما إلى الآخر، والتزم ابن سلمة المسألة، وجوز القصر. والثالث: إنما جازت الزيادة، لأنها كانت قرى متفرقة، ثم اتصلت الأبنية، فأجري عليها حكمها القديم، فعلى هذا يجوز تعدد الجمعة في كل بلد هذا شأنه. واعترض عليه أبو حامد بما اعترض على الثاني. ويجاب بما أجيب في الثاني. وأشار إلى هذا الجواب صاحب «التقريب» . والرابع: أن الزيادة لا تجوز بحال، وإنما لم ينكر الشافعي، لأن المسألة اجتهادية، وليس لمجتهد أن ينكر على المجتهدين. وهذا ظاهر نص الشافعي – رحمه الله – المتقدم. واقتصر عليه الشيخ أبو حامد وطبقته، لكن المختار عند الأكثرين ما قدمناه. وحيث منعنا الزيادة على جمعة، فعقدوا جمعتين، فله صور.

أحدها: أن تسبق إحداهما فهي الصحيحة. والثانية: باطلة. وبم يعرف السبق؟ فيه ثلاثة أوجه. أصحها: بالإحرام. والثاني: بالسلام. والثالث:." (١)

٤١٥–روضة الطالبين وعمدة المفتين

"فصل

لا زكاة في الغنم، حتى تبلغ أربعين. فإذا بلغتها، ففيها شاة، ثم لا زيادة حتى تبلغ مائة وإحدى وعشرين، ففيها شاتان، ثم لا زيادة حتى تبلغ مائتين وواحدة، ففيها ثلاث شياه، ثم لا زيادة حتى تبلغ أربع مائة، ففيها أربع شياه، ثم استقر الحساب في كل مائة شاة. والشاة الواجبة فيها: الجذعة من الضأن، أو الثنية من المعز،

---

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين ٢/٥

**واختلف أصحابنا** في تفسيرهما على أوجه، أصحها: الجذعة: ما دخلت في السنة الثانية، والثنية: ما دخلت في السنة الثالثة، سواء كانتا من الضأن أو المعز. والثاني: الجذعة لها ستة أشهر، والثنية سنة. والثالث: يقال إذا بلغ الضأن ستة أشهر وهو من شابين، فهو جذع، وإن كان من هرمين، فلا يسمى جذعا حتى يبلغ ثمانية أشهر.

فرع

ما بين الفريضتين يسمى وقصا – منهم من يفتح قافه ومنهم من يسكنها – والشنق بمعنى الوقص، وقيل: الوقص في البقر والغنم خاصة، والشنق في الإبل خاصة.

قلت: الفصيح في الوقص، فتح القاف وهو المشهور في كتب اللغة، والمشهور في كتب الفقه عند الفقهاء إسكانها، وقد لحنهم فيه الإمام ابن بري، وليس تلحينه بصحيح، بل هما لغتان أوضحتهما في كتاب تهذيب الأسماء واللغات وشرح المهذب والشنق – بالشين المعجمة والنون المفتوحتين والقاف – قال جمهور أهل اللغة: الشنق كالوقص سواء. وقال الأصمعي: الشنق يختص بأوقاص الإبل، والوقص بالبقر والغنم، ويقال فيه: وقس – بالسين المهملة – والمشهور استعماله فيما بين الفريضتين، وقد استعملوه فيما دون النصاب، والله أعلم.." (١)

٤١٦-روضة الطالبين وعمدة المفتين

"ولا أثر لاختلاف الزرع والحصاد. قال: ولا أعني بالسنة اثني عشر شهرا؛ فإن الزرع لا يبقى هذه المدة، وإنما أعني بها ستة أشهر إلى ثمانية. هذا كله إذا كان زرع الثاني بعد حصد الأول، فلو كان زرع الثاني بعد اشتداد حب الأول فطريقان. أصحهما أنه على هذا الخلاف، والثاني: القطع بالضم لاجتماعهما في الحصول في الأرض.

ولو وقع الزرعان معا أو على التواصل المعتاد، ثم أدرك أحدهما والثاني بقل لم ينعقد حبه، فطريقان أصحهما: القطع بالضم، والثاني: على الخلاف؛ لاختلافهما في وقت الوجوب، بخلاف ما لو تأخر بدو الصلاح في بعض الثمار، فإنه يضم إلى ما بدا فيه الصلاح قطعا؛ لأن الثمرة الحاصلة هي متعلق الزكاة بعينها، والمنتظر فيها صفة الثمرة، وهنا متعلق الزكاة الحب، ولم يخلق بعد، والموجود حشيش محض.

فرع

---

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين ١٥٣/٢

قال الشافعي – رضي الله عنه –: الذرة تزرع مرة فتخرج فتحصد، ثم تستخلف في بعض المواضع، فتحصد أخرى، فهو زرع واحد وإن تأخرت حصدته الأخرى. **واختلف أصحابنا** في مراده على ثلاثة أوجه، أحدها: مراده إذا سنبلت واشتدت، فانتثر بعض حباتها بنفسها، أو بنقر العصافير، أو بهبوب الرياح، فنبتت الحبات المنتثرة في تلك السنة مرة أخرى وأدركت، والثاني: مراده إذا نبتت والتفت، وعلا بعض طاقاتها فغطى البعض، وبقي المغطى مخضرا تحت العالي، فإذا حصد العالي أثرت الشمس في المخضر، فأدرك، والثالث: مراده الذرة الهندية، تحصد سنابلها، وتبقى سوقها، فتخرج سنابل أخر. ثم اختلفوا في الصور الثلاث بحسب اختلافهم في المراد بالنص، واتفق الجمهور على أن ما نص عليه،." (١)

٤١٧–روضة الطالبين وعمدة المفتين

"عبد الله بن الزبير في خلافته، ثم وسعه الوليد بن عبد الملك، ثم المنصور، ثم المهدي. وعليه استقر بناؤه إلى وقتنا هذا. – والله أعلم –.

الواجب الخامس: العدد. وهو أن يطوف سبعا. الواجب السادس: مختلف فيه. وهو أنه إذا فرغ من الطواف صلى ركعتين. وهل هما واجبتان، أم سنة؟ قولان. أظهرهما: سنة، هذا إذا كان الطواف فرضا. فإن كان سنة، فطريقان. أحدهما: طرد القولين.

والثاني: القطع بأن الصلاة سنة. وقيل: تجب الصلاة في الطواف المفروض قطعا. ويستحب أن يقرأ في الأولى بعد الفاتحة: (قل يا أيها الكافرون) وفي الثانية: (قل هو الله أحد) : وأن يصليها خلف المقام. فإن لم يفعل، ففي الحجر وإلا ففي المسجد، وإلا ففي أي موضع شاء من الحرم وغيره. ويجهر فيهما بالقراءة ليلا، ويسر نهارا. وإذا قلنا: هما سنة فصلى فريضة بعد الطواف أجزأه عنها، كتحية المسجد نص عليه في القديم، وحكاه الإمام عن الصيدلاني، لكنه استبعده.

وتمتاز هذه الصلاة عن غيرها، بجريان النيابة فيها إذ الأجير يؤديها عن المستأجر.

قلت: **اختلف أصحابنا** في صلاة الأجير هذه، فقيل: تقع عنه. وقيل: تقع عن المستأجر، وهو الأشهر. – والله أعلم –.

فرع

---

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين ٢/٢٤٣

ركعتا الطواف وإن أوجبناهما، فليستا بشرط في صحته، ولا ركنا منه، بل يصح بدونهما. وفي تعليل جماعة من الأصحاب، ما يقتضي اشتراطهما.." (١)

٤١٨-روضة الطالبين وعمدة المفتين

"ينقطع بمجرد البلوغ، وليس هذا اختلافا محققا، بل من قال بالأول، أراد الإطلاق الكلي، ومن قال بالثاني، بالحجر أراد الحجر المخصوص بالصبي، وهذا أولى؛ لأن الصبي سبب مستقل بالحجر، وكذلك التبذير. وأحكامهما متغايرة. ومن بلغ مبذرا، فحكم تصرفه حكم تصرف السفيه، لا حكم تصرف الصبي.

فرع

للبلوغ أسباب. منها مشترك بين الرجال والنساء، ومختص بالنساء. أما المشترك، فمنه السن. فإذا استكمل المولود خمس عشرة سنة قمرية، فقد بلغ. وفي وجه: يبلغ بالطعن في الخامسة عشرة، وهو شاذ ضعيف.

السبب الثاني: خروج المني ويدخل وقت إمكانه باستكمال تسع سنين، ولا عبرة بما ينفصل قبلها، هذا هو الصحيح المعتمد. وفي وجه: إنما يدخل بمضي نصف السنة العاشرة. وفي وجه: باستكمال العاشرة. ولنا وجه: أن المني لا يكون بلوغا في النساء؛ لأنه نادر فيهن. وعلى هذا، قال الإمام: الذي يتجه عندي: أنه لا يلزمها الغسل. وهذا الوجه شاذ، وفيما قاله الإمام نظر.

السبب الثالث: إنبات العانة يقتضي الحكم بالبلوغ في الكفار. وهل هو حقيقة البلوغ، أم دليله؟ قولان. أظهرهما: الثاني. فإن قلنا بالأول، فهو بلوغ في المسلمين أيضا. وإن قلنا بالثاني، فالأصح أنه ليس ببلوغ.

قلت: اختلف أصحابنا فيما يفتى به في حق المسلمين، واختار الإمام الرافعي في «المحرر» أنه لا يكون بلوغا. - والله أعلم -.." (٢)

٤١٩-روضة الطالبين وعمدة المفتين

"شاء الله تعالى -. اتفقوا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يعبد صنما قط، والأنبياء قبل النبوة معصومون من الكفر، واختلفوا في العصمة من المعاصي، وأما بعد النبوة فمعصومون من الكفر، ومن كل ما يخل بالتبليغ، وما يزري بالمروءة، ومن الكبائر، واختلفوا في الصغائر فجوزها الأكثرون، ومنعها المحققون وقطعوا بالعصمة منها، وتأولوا الظواهر الواردة فيها، واختلفوا في أن نبينا - صلى الله عليه وسلم - هل كان قبل النبوة

---

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين ٨٢/٣

(٢) روضة الطالبين وعمدة المفتين ١٧٨/٤

يتعبد على دين نوح وإبراهيم أم موسى أم عيسى، أم يتعبد لا ملتزما دين واحد من المذكورين، والمختار أنه لا يجزم في ذلك بشيء، إذ ليس فيه دلالة على عقل ولا ثبت فيه نص ولا إجماع، **واختلف أصحابنا** في شرع من قبلنا، هل هو شرع لنا إذا لم يرد شرعنا بنسخ ذلك الحكم؟ والأصح أنه ليس بشرع لنا، وقيل: بلى، وقيل: شرع إبراهيم فقط؛ وبعث رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وله أربعون سنة، وقيل: أربعون ويوم، فأقام في مكة بعد النبوة ثلاث عشرة سنة، وقيل: عشرا، وقيل: خمس عشرة، والصحيح الأول، ثم هاجر إلى المدينة، فأقام بها عشرا بالإجماع، ودخلها رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ضحى يوم الاثنين لاثنتي عشرة خلت من شهر ربيع الأول، وتوفي – صلى الله عليه وسلم – ضحى يوم الاثنين لاثنتي عشرة خلت من شهر ربيع الأول سنة إحدى عشرة من الهجرة؛ ومنها ابتداء التاريخ، ودفن ليلة الأربعاء، وقيل: ليلة الثلاثاء، ومدة مرضه – صلى الله عليه وسلم – الذي توفي فيه اثنا عشر يوما، وقيل: أربعة عشر، وغسله علي والعباس والفضل وقثم وأسامة وشقران – رضي الله عنهم –، وكفن في ثلاثة أثواب بيض ليس فيها قميص ولا عمامة، وصلى عليه المسلمون أفرادا، بلا إمام، ودخل قبره علي والعباس والفضل وقثم وشقران، ودفن في اللحد وجعل فيه تسع لبنات، ودفن في الموضع الذي توفي فيه، وهو." (١)

٤٢٠-روضة الطالبين وعمدة المفتين

"القاعدة الثانية: اختلفت عبارات الأصحاب في تفسير القياس، والأقرب إلى كلام الشافعي – رحمه الله – أن القياس نوعان جلي وغيره، وأما الجلي، فهو الذي يعرف به موافقة الفرع للأصل بحيث ينتفي احتمال مفارقتهما، أو يبعد، وذلك كظهور التحاق الضرب بالتأفيف في قوله تعالى: (فلا تقل لهما أف) وما فوق الذرة بالذرة في قوله تعالى: (فمن يعمل مثقال ذرة) الآية، و [ما فوق] النقير بالنقير في قوله تعالى: (ولا يظلمون نقيرا) ونظائره، فإن فروع هذه الأحكام أولى من الأصول، وبعض الأصحاب لا يسمي هذا قياسا، ويقول: هذه الإلحاقات مفهومة من النص، ويقرب من هذا إلحاق العمياء بالعوراء في حديث النهي عن التضحية بالعوراء وسائر الميتات بالفأرة، وغير السمن بالسمن في حديث (الفأرة تقع بالسمن إن كان مائعا فأريقوه، وإن كان جامدا فألقوها وما حولها) والغائط بالبول في قوله – صلى الله عليه وسلم –: «لا يبولن أحدكم في الماء الدائم» ومن الجلي ما ورد النص فيه على العلة كحديث «إنما نهيتكم من أجل الدافة» وكذا قوله تعالى: (وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض) وأما غير الجلي فما لا يزيل احتمال المفارقة ولا

---

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين ١٠/٢٠٥

يبعده كل البعد، فمنه ما العلة فيه مستنبطة، كقياس الأرز على البر بعلة الطعم، وقال ابن القاص: هو من الجلي، والصحيح الأول، ومنه قياس الشبه، وهو أن يشبه الحادثة أصلين إما في الأوصاف بأن يشارك كل واحد من الأصلين في بعض المعاني والأوصاف الموجودة فيه، وإما في الأحكام كالعبد يشارك الحر في بعض الأحكام والمال في بعضها، فيلحق بما المشاركة فيه أكثر، وربما سمي قياس الشبه خفيا والذي قبله غير الجلي واضحا، وربما خص الجلي ببعض الأول، وهو ما كان الفرع فيه أولى بحكم الأصل.

قلت: واختلف أصحابنا في صحة قياس الشبه، وأنه هل هو حجة، والله أعلم.." (١)

٤٢١-فتاوى النووي

"كتاب الطهارة (١)

وفيه ست وثلاثون مسألة وستة أبواب

١ - مسألة: الصواب في حد الماء المطلق (٢) أنه المفهوم من قولك ماء.

واختلف أصحابنا في الماء المستعمل هل هو مطلق؟ والأصح أنه ليس بمطلق، وقيل مطلق منع من استعماله تعبدا (٣).

---

(١) الطهارة لغة: النظافة. وشرعا: ما توقف على حصوله إباحة ولو من بعض الوجوه كالتيمم. وللطهارة أربع مراتب:

١ - المرتبة الأولى: تطهير الظاهر عن الأحداث والأخباث.

٢ - المرتبة الثانية: تطهير الجوارح عن الجرائم والآثام.

٣ - المرتبة الثالثة: تطهير القلب عن الأخلاق المذمومة والصفات الممقوتة.

٤ - المرتبة الرابعة: تطهير السر عما سوى الله تعالى. ولا وصول إلى مرتبة من هذه المراتب إلا بعد إحكام ما قبلها. اهـ. من الإحياء.

(٢) هو طاهر في نفسه مطهر لغيره غير مكروه استعماله وهو الذي يسمى ماء بلا قيد لازم، والمستعمل هو طاهر في نفسه غير مطهر لغيره فلا يجوز استعماله في رفع حدث ولا في إزالة نجس ويجوز استعماله في غير ذلك من العادات كطبخ وعجن وشرب وتنظيف. اهـ.

---

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين ١١/١٤٩

(٣) إلا أن أهل البصائر من أهل الله قد كشف لهم عن سر ذلك ورأوا آثار النجاسة المعنوية ظاهرة في الماء المستعمل، كان الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى من أهل هذا الميدان ولذا حكم بنجاسة الماء المستعمل. كان رضي الله عنه إذا رأى الماء الذي يتوضأ منه الناس يعرف أعيان تلك الخطايا التي خرت في الماء ويميز غسالة =." (١)

(١) فتاوى النووي ص/١٣